Volume: 2

Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania: Linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais

Organizador: Alvaro Ciarlini

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini (org)

TEMAS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA: LINGUAGEM, RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Volume II

Autores:

Everaldo Magalhães Andrade Júnior

Daniel Augusto Mesquita

Francisco Valle Brum

Carlos Victor Nascimento dos Santos

Felipe Nogueira Fernandes

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Brasília
2014

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.
Temas de jurisdição constitucional e cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais / Alvaro Luis de A. S. Ciralini. – Volume 2
Brasília : IDP, 2014.
Disponível no http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks
141p.

ISBN 978-85-65604-41-3
DOI 10.11117/9788565604413

1. Jurisdição Constitucional – Brasil. 2. Norma Jurídica I. Título.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

A presente obra, intitulada “Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais – Vol. 2”, encontra-se formada por cinco artigos conectados ao eixo temático da disciplina “Fundamentos de Teoria Geral do Direito”, ministrada no Programa de Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Essa disciplina tem dois objetos distintos e interdependentes, consistindo o primeiro deles na análise da Teoria Geral do Direito e da Teoria da Constituição, a partir do problema da validade das respectivas normas, na seara da dogmática jurídica fundada nas principais vertentes do positivismo, no contexto da racionalidade transcendentalizada da tradição do direito moderno. O segundo pretende investigar os movimentos de destranscendência da racionalidade do direito, notadamente a partir do giro linguístico operado na modernidade tardia de nossa tradição filosófica, e da denominada guinada hermenêutica, consistente em movimento filosófico-teórico de notória influência na atual teoria do direito, notadamente a partir da potencialização da fenomenologia hermenêutica como ferramenta viável para lidar com os problemas constitucionais de maior densidade; isso tudo sem olvidar das persistentes questões alusivas ao funcionalismo jurídico e ao tema da linguagem imanente dos grandes sistemas sociais, dentre os quais figura o direito.

Dessa dinâmica teórica entre dois específicos modos de ver a racionalidade do juízo decisório no direito, e seus subsequentes problemas de legitimidade e justificação, afloram questões de considerável repercussão filosófico-jurídica, terreno fértil para a pesquisa no âmbito da Teoria Geral do Direito e da Teoria da Constituição.

Nesse mister, a presente publicação tem por escopo oferecer aos estudantes de direito, nos mais distintos graus, e aos profissionais da área jurídica, material de pesquisa e mote de reflexão a respeito dessa temática. Dentre os textos ora oferecidos figura no primeiro capítulo o artigo “O silogismo jurídico como moldura da argumentação jurídica a partir do marco teórico de Neil Maccomirck”, de Everaldo Magalhães Andrade Júnior, que trata do persistente tema do silogismo jurídico como modo estruturante da

argumentação jurídica e da lógica informal no marco teórico de Neil MacCormick.

O segundo, de autoria de Daniel Augusto Mesquita, é o artigo "Fundamentos do exercício do poder de polícia no direito urbanístico a partir da sociologia do direito de Niklas Luhmann – análise da autoexecuoriedade do poder público distrital na adequação do solo urbano". Nesse texto, o escopo consiste na análise do direito urbanístico a partir da sociologia jurídica de Niklas Luhmann, para avaliar a legislação que autoriza a demolição de construções no âmbito do Distrito Federal.

O terceiro é o artigo "A necessidade de problematização do Direito à luz de um consequencialismo lógico-jurídico: uma forma de sindicabilidade das decisões judiciais", de Francisco Valle Brum, que parte do pressuposto da existência de um deficit de fundamentação das decisões judiciais e propõem o imperativo da fundamentação como modo de promover argumentos legítimos, e, portanto, sindicáveis, em sede de juízo de fundamentação.

O quarto é o instigante artigo "Mutação constitucional e realidade social brasileira: como aproximá-las?" de Carlos Victor Nascimento dos Santos, cujo objetivo consiste na explicitação das bases teóricas da mutação constitucional e investigação a respeito dos lindes das competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, o derradeiro artigo chama-se "O método do seguro prudente de Ronald Dworkin e o gasto público agregado em saúde no Brasil", elaborado por Felipe Nogueira Fernandes, que enfrenta o tema do financiamento dos serviços públicos de saúde diante do diálogo entre o princípio do resgate e o critério do seguro prudente, trazendo importante análise a respeito do denso e complexo problema da efetividade do direito à saúde.

A presente coletânea trará, por certo, importante contribuição teórica ao aprofundamento dos temas expostos, tratando-se de obra indispensável aos alunos de graduação e pós-graduação, bem como aos profissionais do direito.

Brasília, dezembro de 2014.

Prof. Dr. Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

O SILOGISMO JURÍDICO COMO MOLDURA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DO MARCO TEÓRICO DE NEIL MACCOMIRCK

Everaldo Magalhães Andrade Júnior[1]

Resumo: Faz-se uma abordagem acerca do momento histórico do raciocínio jurídico após o segundo pós-guerra e de aspectos gerais da teoria da argumentação jurídica, passando pela tópica, retórica e lógica informal. Na sequência, é analisado o silogismo jurídico como a moldura estruturante da argumentação jurídica, sem se esquecer da lógica informal como um segundo nível na argumentação jurídica, a partir do marco teórico de Neil MacCormick.

Palavras-chave: silogismo jurídico; teoria da argumentação jurídica; racionalidade jurídica.

Abstract: It is an approach about the historical moment of legal reasoning after the second post-war and general aspects of the theory of legal reasoning, through topical, rhetoric and informal logic. Following, we analyze the legal syllogism as the structural frame of the legal argument, not forgetting the informal logic as a second level in the legal argument, based on the theoretical of Neil MacCormick.

Keywords: legal syllogism; theory of legal reasoning; legal rationality.

Introdução.

A teoria da argumentação jurídica surgiu na metade do século XX com o objetivo de superar a lógica formal no pensamento jurídico e propor a justificação racional como elemento indispensável de uma decisão judicial, opondo-se ao determinismo e decisionismo metodológico. A formação e consolidação dessa teoria se deu a partir de obras de Viehweg, Perelman e Tolumin, que repudiavam a lógica formal e dedutiva, trazendo argumentos informais e racionais para a justificação jurídica.

1 ANDRADE JÚNIOR, Everaldo Magalhães. Mestrando em Direto e Sociedade na área de concentração Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/2013-2015). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela União de Ensino Superior de Diamantino (UNED/2011). Advogado e Secretário Parlamentar no Senado Federal.

Neil MacCormick, no entanto, propôs o retorno da lógica dedutiva à justificação das decisões judiciais a partir de um silogismo jurídico tomado com a conclusão da análise entre as premissas maiores, representadas pelas leis gerais, e as premissas menores, referente aos fatos ocorridos que deram ensejo a demanda judicial, sem impedir a utilização da lógica informal em casos específicos.

Propõe-se na presente pesquisa uma abordagem desse silogismo jurídico, apresentado na obra de MacCormick, como a moldura estruturante da argumentação jurídica, com o objetivo de efetivar uma reconciliação do Estado Democrático de Direito com a argumentação jurídica, apresentando em que medida esse silogismo pode ser afastado na apreciação de casos difíceis para possibilitar a utilização de argumentação informal, a partir de certos critérios utilizados para garantia da racionalidade da justificação da decisão judicial.

O objetivo do ensaio é descrever esse modelo de argumentação jurídica como ideologia de busca por uma racionalidade no pensamento jurídico, garantindo-se a proteção da sociedade com maior previsibilidade das ações dos agentes estatais e segurança com as expectativas de agentes privados. Para tanto, a metodologia aplicada foi a pesquisa em marcos teóricos previamente selecionados sobre a teoria da argumentação jurídica de modo geral e sobre o silogismo jurídico especificamente, além de visitar, parcialmente, recortes e obras com pontos interligados.

2 Noções históricas: ponderações sobre as concepções do raciocínio jurídico após o segundo pós-guerra.

Após o segundo pós-guerra se percebe um movimento que veio para superar o dogmatismo jurídico até então predominante no raciocínio jurídico das nações ocidentais. Dogmatismo que era constituído pelas teorias positivistas no sistema jurídico, que pregava o Direito como uma ciência objetiva, livre de influências valorativas como a ética, moral, noções de justiça, sociais e políticas.

As escolas positivistas (dogmáticas) defendiam o império da lei de modo incondicional e absoluto, sendo que qualquer violação de norma jurídica

importaria em desrespeito ao próprio Direito. Pode-se citar como integrante dessas escolas em especial a Escola da Exegese e a Escola do Positivismo Analítico.

Surgida após a Revolução Francesa, a Escola da Exegese difundia o entendimento da aplicação literal do texto normativo, corporificando o Direito no próprio texto legal. Ficou marcada pelo Código Napoleônico de 1804 e o juiz era visto como um mero aplicador autômato da lei.

Proposta por Hans Kelsen, a Escola do Positivismo Analítico, diferente da anterior, defendia que o magistrado realizava um processo interpretativo, a partir de um silogismo jurídico, consistente em escolher a lei adequada ao caso concreto e aplicá-la de acordo com as peculiaridades encontrada. Para os adeptos dessa corrente dogmática, o Direito não era simplesmente a lei, mas um sistema hierarquizado de leis, devendo o juiz fazer uma interpretação literal da norma correspondente ao caso.

A superação desse dogmatismo teve importante destaque na medida em que o Direito passou a ser compreendido menos como uma dedução lógica da lei e mais como uma manifestação de vontade do legislador, surgindo teorias que impunham ao estudo da lei os métodos aplicados tradicionalmente às ciências sociais (investigação, observação, coleta de dados estatísticos e experimentação).

Daí decorreu o desenvolvimento das escolas teleológicas ou funcionais do Direito, que apresentavam o direito como decorrente de um sistema complexo de leis, as quais, quando obscuras, permitiriam uma interpretação a partir de instrumentos de investigação da finalidade da lei, da vontade do legislador ou do meio histórico e cultural em que foi concebida. Dentre essas Escolas podem ser citadas a Escola Histórica, a Escola Teleológica e a Escola da Livre Investigação do Direito.

A Escola Histórica defendia que a interpretação legal deveria investigar o momento histórico em que a norma foi produzida, na medida em que a lei era entendida como a materialização dos anseios sociais da época. Essa concepção teve como grande expoente Savigny e orientava a aplicação

da lei no caso concreto seguindo-se, sobretudo, as finalidades históricas que levaram a sua criação.

Já a Escola Teleológica partiu de concepções produzidas por Ihering e contribuídas por Recanséns Siches e pregava que a interpretação da norma deveria ser orientada para a concretização de sua finalidade específica, visando a sua eficácia plena e completa. Deveria, desse modo, ser buscada uma interpretação que representasse a maior proteção aos interesses e garantias postulados na lei.

Por sua vez, a Escola da Livre Investigação do Direito perseguia a tese de que a interpretação da lei deveria se basear na vontade da lei, mas a partir do momento em que fosse reconhecido uma lacuna no texto normativo não preenchida pela analogia, permite-se ao aplicador a criação de uma norma individual pela livre investigação científica do Direito. Trata-se de uma concepção, desenvolvida a partir de teoria de Geny na França, em que o aplicador deveria utilizar-se de elementos concebidos pela própria lei, mesmo que lacunosa, sem se descuidar da realidade apresentada ao caso concreto.

Além disso, a superação do dogmatismo positivista encontrou força com a aparição de estudos da sociologia jurídica, que entendia o Direito como uma expressão da realidade social e não a mais vontade do legislador. Essa nova visão do direito como uma ciência social e variável acabou por reduzir o Direito a um mero aspecto da própria Sociologia[2], de modo tão prejudicial quanto os decorrentes das Escolas Dogmáticas.

No entanto, com o advento do Estado Nacional Socialista, onde, a partir de 1933, foram praticas atrocidades com base no estrito cumprimento da legalidade, reconheceu-se, de modo geral, o entendimento de que o Direito não é representado apenas pelas leis, mas também por princípios implícitos que devem ser utilizados para rechaçar leis injustas. O Direito, desse modo, deixa de ser a vontade do legislador e passar a congregar valores que obrigam o próprio criador da lei, sobretudo noções de justiça.

---

2 NASCIMENTO, Maria Jacqueline Faustino de Souza Alves do Nascimento. O raciocínio jurídico e sua argumentação segundo Perelman. Monografia apresenta ao curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito da Universidade Estadual do Ceará (UECE). 2010, p. 15.

A partir dessa nova vertente houve, de certa forma, o ressurgimento do Direito Natural, mas, diferentemente das concepções dominantes dos séculos XVII e XVIII, sem a pretensão de se proclamar princípios unívocos e absolutos para todas as nações, independentemente da realidade social de cada sociedade. Surgiu, na realidade, concepções que incluíam valores na argumentação jurídica.

Os acontecimentos que marcaram o século XX, especialmente a Segunda Guerra e o nazismo, desse modo, produziram fortes consequências ao raciocínio jurídico, tornando-se insustentáveis a ideia de Direito como lei apregoada pelo positivismo, mormente porque estava em risco a garantia da sustentabilidade do próprio sistema jurídico como estabilizador de expectativas sociais.

É nesse contexto histórico da metade do século passado que surgem as primeiras obras sobre a teoria da argumentação jurídica com a finalidade precípua de superar a lógica formal dedutiva e trazer elementos valorativos para o raciocínio jurídico, apresentando-se métodos informais.

3 Aspectos gerais sobre a teoria da argumentação jurídica.

A argumentação jurídica, sem dúvidas, é elemento indispensável na vida do profissional do Direito, embora a atenção dispensada a matéria nem sempre chega a ser primordial na carreira do profissional.

No geral, é possível perceber três campos jurídicos em que ocorrem argumentações, a saber: a) o da produção ou estabelecimento das normas jurídicas; b) o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos; c) o âmbito da dogmática jurídica. A teoria da argumentação jurídica é voltada para a interpretação do Direito ocorrido na aplicação das normas jurídicas e na dogmática jurídica, na medida em que esta propõe critérios para aplicação do Direito[3].

A argumentação jurídica como teoria parte do pressuposto de que as decisões jurídicas podem e devem ser justificadas, se opondo ao determinismo

---

3 ATIENZA, Manuel. As razões do direito, teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª Ed. Landy, São Paulo: 2003, p. 18-19.

e ao decisionismo metodológico[4]. Por isso, essa teoria se insere em um contexto de justificação. Seu surgimento teve o objetivo de propor mecanismos de controle de racionalidade sobre o discurso jurídico.

A teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras da década de 50, no contexto, como mencionado, da Filosofia do séc. XX pós-reviravolta linguístico-pragmática, que buscavam a rejeição da lógica formal como instrumento de análise do raciocínio jurídico.

A justificação racional do discurso é elemento indispensável para a solidez do Estado Democrático de Direito, ante a necessidade de um consenso racional das decisões políticas e jurídicas, tomado a partir da justificação discursiva segundo regras de argumentação[5].

Dentre os marcos teóricos que contribuíram para a formação da teoria da argumentação jurídica pode-se destacar a tópica de Theodor Viehweg, a nova retórica de Chaïm Perelman e a lógica informal de Stephen Toulmin.

A tópica de Viehweg teria origem em Aristóteles e já era encontrada, em sua forma problemática, na prática jurídica dos romanos, onde a justiça se construía em decisões nos casos concretos, extraindo-se princípios que serviam de fundamento de validade a cada nova decisão.

Como outra forma de fundamentar o raciocínio, de modo diverso do método axiomático dedutivo, Viehweg reintroduz a argumentação como ferramenta do direito para a busca da decisão, resgatando a tópica da antiguidade clássica.

A tópica pode ser caracterizada por três elementos, conforme Atienza[6]: do ponto de vista de seu objeto, uma técnica do pensamento problemático; do ponto de vista do instrumento que opera, a noção de topos ou lugar-comum; e do ponto de vista do tipo de atividade, uma busca e exame de

4 Defendem que as decisões não necessitam de justificação porque provem de autoridade legítima e porque são atos de vontade, respectivamente.

5 TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito Vol. 2 – N. 3 – jan. a dez. – 2005.

6 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 49.

premissa. A tópica acaba, por isso, sendo um procedimento de busca de premissas que nunca termina.

Assim, esse instrumento de argumentação jurídica seria uma técnica de interpretação do direito que indica meios de agir diante de problemas com a finalidade de empregar racionalidade na solução. Trata-se de um sistema aberto de interpretação do direito, possível a partir de uma “técnica de pensar problemas” que parte de conhecimentos esparsos e fragmentários.

Viehweg indica dois graus para a tópica, onde, na tópica de primeiro grau, buscam-se as premissas para problematização e desenvolvimento da argumentação com base nas premissas, enquanto que em segundo grau ocorreria quando são delimitadas áreas argumentativas e são elaboradas conjuntos de topos a partir de critérios de problemas.

Essa teoria sofre críticas pelas imprecisões conceituais da tópica, do problema, de topos, e de lógica e sistema, por ter sofrido uma decadência em conjunto com a própria lógica combatida, pela falta de critérios razoáveis para as questões de justiça no modelo tópico de funcionamento da jurisprudência e por não responder definitivamente a racionalidade da decisão jurídica, ante a falta de critérios para estabelecer uma hierarquia no inventário de tópicos ou de premissas a serem utilizados na argumentação[7].

Já a retórica de Perelman apresenta uma ampliação do campo da razão, passando a defender a ideia de possibilidade de se inserir juízos de valor na esfera racional. Defende-se, assim, uma lógica razoável, do simplesmente plausível e não da lógica matemática. Os argumentos retóricos não apresentam verdades absolutas ou evidentes, mas sim o caráter preferível e razoável de uma decisão.

Na retórica, apresenta-se uma diversidade de argumentos na busca de ser mais persuasivo, uma vez que não existe nada absolutamente certo e tudo é mais ou menos aceito e entendido – apresenta-se uma teoria do relativo

7 ATIENZA, Manuel. Op. cit., ps. 52-55.

e inconclusivo. O interlocutor utiliza de diversos argumentos com a finalidade de que um deles seja aceito[8].

A retórica seria o estudo de técnicas argumentativas que, em vez de preocupadas com a verdade, são voltadas para a adesão dos interlocutores. Utiliza-se a discussão para a resolução de problemas que envolvam valores.

O aplicador do Direito deve se questionar sobre as consequências que um determinado valor, ao ser aplicado ao problema, poderá acarretar, com a finalidade de solucionar possíveis conflitos entre valores igualmente aceitos; a aplicação do Direito, desse modo, poderá resultar de uma nova interpretação dos princípios ou da confrontação entre o texto literal da lei e o valor jurídico por ela enunciado.

Nessa teoria não é possível à argumentação sem que o discurso esteja adaptado ao auditório (aos espíritos) e, por isso, não há argumentação sem adesão, mas não adesão dos interlocutores, mas sim do próprio orador que deve amoldar o seu discurso ao contexto específico em que será realizado para que seja passível de persuasão – aqui se apresenta uma das diferenças da nova retórica com a retórica clássica, uma vez que esta não se preocupava com a distinção de auditórios. Lembrando que, por auditório, deve-se entender àqueles que será dirigida e tentada a persuasão.

Daí surge também a diferença entre persuadir e convencer, sendo que uma argumentação persuasiva é aquela direcionada a um auditório particular, enquanto que o convencimento pode ser dirigido a todos.

Perelman[9] classifica as técnicas argumentativas em dois grupos, um de união e outro de dissociação. O primeiro grupo é subdividido em argumentos quase-lógicos (possui princípios lógicos para garantir confiabilidade), argumentos baseados na estrutura do real (se servem de uniões de sucessão ou de coexistência para estabelecer solidariedade entre juízos, são formulados com base naquilo que o auditório acredita ser real) e argumentos que dão base para a estrutura do real (utiliza-se da analogia de casos particulares ou semelhanças de estruturas existentes entre elementos

8 GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada lingüístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 107.

9 PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. Tradução Vergínia K. Pupi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 180.

para influir generalizações e regularidades, levando-se aos argumentos do tipo: exemplo, ilustração e modelo). Já os argumentos de dissolução seriam técnicas voltadas a desunir elementos que deveriam permanecer separados e independentes.

Na argumentação retórica pressupõe-se uma relação entre o orador do discurso com o objeto da argumentação, sendo um ato pessoal e, por isso, a reputação do orador interfere no sucesso da argumentação. Além disso, também é exigida uma relação do orador com os interlocutores, exigindo-se atenção com o auditório.

Por isso, é fundamental na retórica que o emissor conheça o seu receptor, evitando-se excessos e selecionando argumentos proporcionais e sensivelmente certeiros para conseguir a persuasão argumentativa[10].

Para Perelman, os argumentos não são importantes quando analisados de maneira isolada, posto que os argumentos estão em constante interação, devendo-se o orador levar em conta esse complexo fenômeno de interação na escolha de seus argumentos, guiando-se pelo que chama de *força dos argumentos*[11].

Na nova retórica, a lógica jurídica é uma lógica dialética e argumentativa, não cabendo apenas a comprovação pela literalidade do texto normativo, exigindo-se fundamentação crítica e axiológica de seus postulados, podendo o juiz fazer juízo de valor na análise de cada caso.

O juiz deve decidir com argumentação que estabeleça uma relação entre o direito e os valores aceitos pela sociedade (auditório), devendo ser uma decisão legal, razoável, equitativa e aceitável, e não uma apenas decisão estritamente legal. Antes do juiz se pronunciar (de ser o emissor do argumento), no entanto, as partes adversas da relação processual também são os oradores que buscam a adesão do juiz, que se torna o auditório nesse ponto. Assim, devem conhecer o julgador, seus preconceitos e decisões precedentes, com vistas a criar a devida atenção específica.

---

10 MEYER, Bernard. A arte de argumentar: com exercícios corrigidos. Tradução Ivone C. Benedetti – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 8.
11 PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA. Tratado da argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes,1999, p. 211.

É estabelecida uma argumentação que prima pela razão no discurso em vez do uso da força para conseguir a persuasão e o convencimento do auditório, que seria livre para escolher se adere ou não aos argumentos do emissor.

Desse modo, a importância da retórica perelmaniana foi introduzir racionalidade na teoria da argumentação jurídica, reabilitando a razão prática e instituindo a argumentação como instrumento para se conseguir um acordo sobre valores e a sua aplicação.

A obra de Perelman sofre críticas em virtude das obscuridades conceituais, sobretudo na classificação dos argumentos, na noção de força de um argumento e de auditório universal, do conservadorismo ideológico, originado pela falta de critérios adequados do que seja decisão racional (especialmente em casos difíceis), e da concepção de direito e de raciocínio jurídico – aí incluído críticas a noção que Perelman possui de positivismo jurídico, a concepção de tópica, a atribuição de um peso demasiado ao elemento retórico, a relação entre retórica geral e o da retório ou lógica jurídica e a distinção entre raciocínio científico e raciocínio dialético (dedução e argumentação)[12].

Por sua vez, a teoria da argumentação jurídica de Toulmin, diferentemente de Viehweg e Perelman, não busca uma razoabilidade a partir da tradição tópica ou retórica, mas sim a partir de uma aplicação prática, deslocando a teoria lógica para a prática lógica e, para tanto, em vez de geometria, propõe a jurisprudência como modelo. Seu marco teórico constata que a ciência da lógica é uma disciplina autônoma e que a lógica formal não pode ser transferida para a razão prática.

Toulmin, conforme apresenta Atienza[13], considera como ponto de partida para a sua teoria que os diversos atos cotidianos da vida do ser racional (pensar, agir) é constituído com a prática de raciocinar. E que a linguagem poderia ser utilizada de modo instrumental ou argumentativo. O modo instrumental é aquele desprovido de razões, uma vez que a pretensão atinge seu objetivo diretamente, como a ordem ou o pedido de algo. Já o modo

12 ATIENZA, Manuel. Op. cit., ps. 52-55.

13 ATIENZA, Manuel. Op. cit., ps. 95.

argumentativo, demanda razões, argumentos ou provas para o seu sucesso. Apesar do raciocínio ser diferente a depender da situação e do problema, é possível existir questões comuns, como a estrutura dos argumentos.

O argumento é composto pelos seguintes elementos: a pretensão, que é o ponto de partida e de chegada da argumentação; as razões, utilizada para justificar sua pretensão inicial quando o oponente apresente contradição variando de acordo com o tipo de argumentação; a garantia, é a regra que permite ou autoriza a passagem de uns enunciados a outros; e o respaldo, que é o pressuposto da garantia, é utilizado quando for necessário mostrar que a garantia é válida.

Outra questão é a força de um argumento, que pode resultar enfraquecido na vida prática quando manifestado por modais como "presumivelmente", "com toda a probabilidade", "segundo parece".

Toulmin propõe distinção entre argumentos substanciais e argumentos analíticos, sendo que, na prática, a maior parte dos argumentos articulados são argumentos substanciais, dos quais a validade não advêm do fato e a conclusão não passa de uma explicitação do conteúdo das premissas. Não é suficiente pra julgar se uma argumento é bom mesmo quando possua características de análise, validade formal, dedutibilidade e caráter concludente. Até porque um argumento pode ser sólido e não ser analítico.

A distinção entre argumentos formais e não formais pode ser considerada uma reprodução da distinção entre argumentos analíticos e substanciais, sendo que nos argumentos formais o importante é sua estrutura interna, enquanto que nos argumentos não formais ambas as estruturas são relevantes.

A teoria de Toulmin apresenta as falácias como forma de argumentação incorretas, classificando-as em cinco categorias, quais sejam: i) falta de razões; ii) razões irrelevantes; iii) razões falhas; iv) suposições não garantidas ou v) ambiguidades[14].

Seria no campo jurídico o foro propício para a mais intensa prática e análise do raciocínio dentre todas as instituições sociais, posto que possui um

14 ATIENZA, Manuel. Op. cit., ps. 105.

ambiente com oportunidades de argumentação para as partes processuais envolvidas na lide em disputa, sendo que nos tribunais de apelação ainda será oportunizado um segundo foro de argumentações apenas sobre as questões de Direito.

A teoria da lógica informal para a argumentação jurídica de Toulmin, por propor que a argumentação não seria vista simplesmente como uma perspectiva lógico-formal, mas como própria interação humana, recebe críticas por possuir ambiguidades no momento de se tentar derivar tipos de argumentos e de pretensões de validade diversificados a depender das chamadas “empresas racionais” (o Direito, a moral, a ciência, os negócios e a crítica de arte)[15].

Note-se, assim, que os marcos teóricos de Viehweg, Perelman e Toulmin são relevantes na formação da teoria da argumentação jurídica como justificadora do raciocínio jurídico. Como se demonstrará em seguida, contudo, a tópica, a retórica e a lógica informal, devem ser aplicadas reconhecendo o espaço do silogismo jurídico como moldura estruturante do pensamento jurídico. Essa concepção não exclui a importância da lógica informal e não dedutiva; pelo contrário, permite compreender suas reais funções no cenário jurídico.

4 O papel estruturante do silogismo jurídico na argumentação jurídica: o marco teórico de Neil MacCormick.

O Estado de Direito, certamente, é o ideal político que mais assegura um grau de certeza para os atos cotidianos dos cidadãos. Na medida em que contempla um sistema jurídico que, seja por meio de uma norma fundamental, de leis, de princípios ou de precedentes judiciais, garante as pessoas um mínimo de segurança jurídica sobre os fatos e acontecimentos jurídicos possíveis de serem praticados sem que se sofra uma interpelação coercitiva de agentes do Estado.

No entanto, ainda que o sistema jurídico alcance um aglomerado de regras normativas, é inarredável que surjam controvérsias advindas da

15 ATIENZA, Manuel. Op. cit., ps. 114.

adequada interpretação e aplicação das normas, como já se apresentou acima. Há teorias acerca da indeterminação da linguagem que lançam dúvidas sobre a certeza existente no Estado de Direito.

A tensão entre interpretação e Estado de Direito ficou ainda mais evidente quando reconhecido em seu caráter argumentativo. A teoria da argumentação jurídica, surgida para trazer maior razoabilidade para as decisões judiciais, passa a ser colocada como um enfraquecimento da própria confiança e certeza do Estado de Direito.

De todo modo, como afirma MacCormick, o Direito é uma disciplina argumentativa, o que influi para que os problemas jurídicos sejam respondidos por meio da análise comparativa da argumentação utilizada para se chegar a resposta em confronto com os contra-argumentos. O Direito é algo sujeito a argumentação sempre persuasiva, mesmo que nem sempre conclusiva.[16]

Nada impede a existência de convicções compartilhadas ou intersubjetivas, possível a partir da concordância de diversas pessoas que um conjunto de argumentações origina uma resposta, enquanto os contra-argumentos aparentam ser mais fracos. Mesmo com essa convicção compartilhada não há garantia de certeza.

MacCormick, entretanto, não nega, mesmo sendo o Direito uma arte argumentativa, que o Estado de Direito é a ideologia que protege a confiabilidade dos cidadãos, tanto em relação a expectativas de uma pessoa sobre as ações das outras, quanto para as atribuições dos próprios agentes públicos. Pelo contrário, acredita que o Estado de Direito, com seu conjunto de regras e princípios, garante a dignidade dos cidadãos pela independência nas atividades sociais.

Pelo o que, antes de se propor o abandono do Estado de Direito pela teoria da argumentação jurídica, ou vice-versa, deve-se buscar uma maneira de reconciliação.

Essa reconciliação passa por uma limitação do caráter argumentativo do Direito para aquilo que seja racionalmente defensável – uma razão prática –, como se fosse um freio fundamental no processo de

16 MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19-21.

argumentação jurídica[17], percebida após a Tópica de Viehweg, que elegia lugar-comum na problematização, e com a Retórica de Perelman, com a exigência do auditório universal.

Sem se esquecer das críticas voltadas para as escolhas dos argumentos, quando os argumentos apresentados forem fortes, mas contraditados por outros bons argumentos. Em contraponto, pode-se adotar a concepção de que apenas referências externas ao Direito poderiam chegar a uma decisão justifica.

A persuasão objetiva pode ser parcialmente solucionada com uma abordagem procedimental da razão prática; formulam questionamentos para os princípios aceitáveis ou lugares comuns. O desenvolvimento das teorias surgidas a partir da nova retórica oferecem procedimentos razoáveis para uma moldura aceitável para a argumentação do Direito.

O sistema jurídico, contudo, é composto de uma gama de materiais (constituições, tratados, leis, regulações, precedentes, etc.) que servem para orientar as decisões e restringir o campo da liberalidade na tomada de decisões.

Daí surge o silogismo jurídico como um elemento central e estruturante na teoria da argumentação jurídica, ainda que todos os problemas do pensamento jurídico não sejam exauridos apenas por este elemento. Não se nega a importância da lógica informal na argumentação jurídica, mas defende-se que o reconhecimento de seu papel depende de contribuição de se reconhecer a função central do silogismo jurídico.

Para concluir pelo papel central do silogismo jurídico, o marco teórico de MacCormick[18] parte da ideia de que um ordenamento jurídico é repleto de sentenças normativas denominadas de leis (em sentido amplo) e todas as pessoas que pleiteiam a satisfação de um direito em juízo deve indicar em qual lei está baseando sua pretensão.

---

17 Nesse ponto há uma aproximação com a teoria do caso especial de Robert Alexy. Cf. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 209-274.

18 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 46.

Além disso, é necessário que o postulante relate um acontecimento fático que lhe qualificou para a disputa judicial em virtude da lei indicada. É preciso fundamentar qual seria o evento fático que causou a lesão ao direito vindicado e previsto na lei indicada, cabendo, a depender dos termos dispostos na lei que se baseia, a comprovação dos fatos ocorridos.

Dessas concepções, extrai-se que a lei, por sua universalidade e generalidade, é uma premissa maior e os fatos relatados pelo postulante, em virtude de sua especificidade e particularidade, formam-se as premissas menores do pensamento jurídico[19].

Diante disso, a petição inicial de uma demanda judicial é estruturada sob a forma de um silogismo jurídico: (i) determinada lei estabelece a reparação de danos em virtude de degradação ambiental, (ii) uma pessoa específica degradou o meio ambiente, (iii) logo essa pessoa deverá reparar os danos causados.

Nesse mesmo sentido, pode-se justificar também a decisão judicial prolatada nesse caso concreto. A partir do momento em que se demonstra o acontecimento de fatos específicos guarnecidos pela universalidade legal é justificável uma decisão jurisdicional para concretização normativa.

Entretanto, não se pode esquecer do caráter, assim como argumentativo, eminentemente interpretativo do Direito e que os conceitos universais contidos na legislação são passíveis de interpretações, inclusive com a adição de valores e noções de justiça.

Sem contar a o caráter narrativo contidos na pretensão de demonstrar os fatos ocorridos que viabilizam a intervenção judicial. Essa narração, a partir das provas colhidas durante a instrução processual, pode restar inconsistentes no momento da decisão final.

Outro problema da dedução jurídica aparece com os conceitos jurídicos indeterminados contidos nas leis. Mais uma vez, é despertado o elemento interpretativo da argumentação jurídica.

---

19 MACCORNICK, Neil. La argumentación silogística: una defenza matizada. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30. 2007, p. 326.

Com efeito, o silogismo jurídico não tem a pretensão de ser o único instrumento cabível na determinação de um caso. Conforme confessado por MacCormick[20]:

> Então, no final das contas, não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado de um caso. Alguns ou todos os termos da lei terão que ser interpretados, e os fatos do caso deverão ser interpretados e avaliados para verificar o que realmente conta, se eles realmente se enquadram nos termos da lei.

Mas, de todo modo, o silogismo é importante para se fornecer uma moldura que permitirá descobrir o papel de outros elementos dentro da argumentação jurídica. Para MacCormick, a partir da consideração do silogismo como essa moldura na argumentação jurídica, os problemas que podem surgir no processo de aplicação do Direito, que serão resolvidos pela aplicação da lógica informal, são limitados.

Seriam, ao todo, quatro os problemas que poderiam surgir, a partir do reconhecimento do papel estruturante do silogismo, quais sejam: i) o problema relacionado à prova; ii) o problema de classificação, também chamado de problema de caracterização ou de qualificação; iii) o problema de interpretação; iv) e o problema de relevância[21].

O problema de prova ocorre quando não se logra a confirmação dos fatos narrados na pretensão inicial do autor da demanda, isso considerando também as provas produzidas pela defesa. Não se trata especificamente das provas do passado, mas da capacidade de se estabelecer condições e indícios no presente que contribuem para provar o passado.

Em virtude da ocorrência desse problema e for impossível a comprovação dos fatos ocorridos, permite-se a utilização de argumentação informal para justificação da decisão.

O problema de classificação é entendido como ocorrido quando os fatos alegados, mesmo que provados, não configuram de modo dedutivo os fatos exigidos pela legislação aplicável, dependendo do auxilio de argumentação de lógica informal para conclusão.

---

20 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 56-57.

21 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 58.

Como uma subespécie específica do problema de classificação há o problema de avaliação, que acontece se as questões fáticas envolverem cargas valorativas ou conceito jurídico indeterminado, exigindo-se saber se a conduta analisada foi razoável, justa, equitativa, etc.

Já o problema de interpretação ocorre quando a conclusão do silogismo depende de uma interpretação do que seria fatos ocorridos ou da consequência normativa, existindo mais de uma interpretação possível. Ou seja, trata-se de problema que ocorre quando, antes de decidir uma celeuma em um caso concreto, é necessário que se escolha entre determinados pontos contraditórios da premissa maior (lei) ou da premissa menor (fatos).

Após a efetivação da escolha se deve voltar ao silogismo jurídico para a conclusão da aplicação do Direito. Conduto, se a dedução não for suficiente para realização da escolha precedente, deve-se apoiar em uma argumentação jurídica informal.

O problema de interpretação é semelhante ao problema de classificação, mas enquanto a interpretação envolve questões de direito a classificação decorre de questões de fato. A consequência é que as questões de direito podem ser discutidas em Tribunais Superiores.

E o problema de relevância é percebido quando não há uma norma jurídica passível de ser aplicada especificamente ao caso extraído do ordenamento jurídico. Nesse caso, não é possível o silogismo jurídico por faltar a premissa maior na dedução lógica. Assim, deve-se utilizar da analogia ou outro tipo de argumentação informal para a decisão judicial.

Outro problema que não é explícito na obra de MacCormick, mas seria necessário para permitir a viabilidade do silogismo jurídico é o que podemos chamar de problema de adequação. Esse problema ocorreria quando a norma escolhida para a aplicação ao caso concreto não é consonante, explícita ou implicitamente, com a lei fundamental (constitucional) do sistema jurídico.

Não é razoável que exista a possibilidade de aplicação dedutiva de uma norma inconstitucional –por contrariar norma ou princípio constitucionalmente aceito pelo sistema jurídico – na argumentação jurídica,

sob pena de se possibilitar a prática de “injustiças” com base no estrito cumprimento legal.

Nesse caso, também se deve recorrer a uma argumentação informal e não dedutiva na justificação da decisão judicial.

Assim, o silogismo jurídico é a moldura da argumentação jurídica, que permite a redução dos problemas existentes na aplicação do Direito, cujas soluções são alcançadas com a utilização de outro nível da argumentação jurídica não dedutiva, mas ainda assim persuasiva.

Todos esses problemas oferecem dificuldades na aplicação dedutiva do Direito e, para viabilizar a conclusão da decisão, deve-se lançar mão dos seguintes tipos de argumentações não lógicas, a saber: os argumentos com base na universalização, na consistência, na coerência e no consequencialismo jurídico.

O argumento com base na universalização apresenta a necessidade de que a justificativa seja invocada com características de um princípio universalmente aceitável, o qual poderia ser aplicado para outras demandas judiciais que se apresentem com as mesmas condições.

Nesse ponto, é importante que se diferencie justificação de motivação, na medida em que a justificação demanda a universalização, enquanto que a motivação são as razões que levaram o magistrado a decidir, os motivos particulares do caso. A justificação demanda a incorporação de um princípio universalmente aceito.

A universalização, para MacCormick, é requisito do próprio Estado de Direito, na medida em que permite noções de justiça igualitária para todos os casos que possuem as mesmas características. E, assim, a universalidade também está presente intrinsecamente na justificação dedutiva e lógica, uma vez que a lei como premissa maior e genérica possui exatamente esse caráter. Isso não decorre, contudo, na desconsideração das razões particulares do caso[22].

---

22 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 109-110.

Decisões particularistas, aliás, ameaçariam a eficiência do próprio Estado de Direito, ante a necessidade de se conhecer ao máximo as intenções e motivações dos litigantes para que não se incorra em injustiças. Sem contar o indiscutível enfraquecimento da necessária segurança jurídica, permitindo que casos semelhantes possuam decisões diversas.

Deve-se destacar as diferenças entre a universalização e a generalização, na medida em que a primeira é uma característica da argumentação jurídica que vincula decisões futuras, enquanto que a generalização é apenas uma constatação do que geralmente acontece.

Já o critério da consistência na argumentação jurídica orienta a necessidade de que a narrativa da justificação não seja contraditória, impedindo a utilização de proposições conflitantes.

A coerência é um critério tão importante na argumentação jurídica que também é encontrado em outros marcos teóricos de modo mais ampliado ou reduzido, conforme o raciocínio desenvolvido pela teoria apresentada, como, por exemplo, a noção de integridade de Ronald Dworkin[23].

A consistência exige uma concordância lógica das proposições, em grupos ou em sua totalidade, ao passo que coerência se refere ao sentido tomado da totalidade das proposições[24].

Coerência normativa, especificamente, será satisfeita quando o conjunto de normas jurídicas está em consonância com valores superiores que orientam a vida em sociedade. A coerência narrativa, por sua vez, diz respeito a exigência de se construir uma narrativa jurídica que não contrarie noções gerais em relação ao mundo, ao senso comum, as teorias científicas, etc. A narrativa deve ainda estar ancoradas na realidade, por meio da comprovação dos fatos narrados[25].

Já o consequecialismo jurídico é percebido por MacCormick, inicialmente, em dois extremos, ambos rejeitados com vistas a adotar um meio intermediário, posto que em um dos extremos deveria ser analisada todas as

---

23 Nesse caso mais ampliada, cf. DWORKIN, Ronald. O império do direito; tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271-331.

24 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 248.

25 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 295.

consequências decorrentes de uma decisão judicial, enquanto em outro as consequências não seriam averiguadas.

Esse tipo de argumentação, portanto, implica em dificuldades para se indicar uma limitação, notadamente porque não é comum que juristas possuam aptidão para realização de cálculos para prognósticos futuros.

Em decorrência disso, MacCormick apresenta o consequencialismo voltado para as consequências jurídicas (e não sociais), orientando a análise do que será permitido e do que será proibido com a decisão.

O argumento consequencialista seria o argumento conclusivo e último na argumentação jurídica dos casos difíceis. Após lançar mão das deduções lógicas do silogismo jurídico, de argumentos universalizáveis, consistência e coerência, seria a oportunidade de testar as consequências jurídicas da decisão. Senão vejamos o seguinte trecho da teoria de MacCormick[26]:

> Uma parte necessária da justificação dessas sentenças consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas. Uma outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia. Mas esses fundamentos de justificação, ainda que sempre necessários, não são de forma alguma sempre suficientes ou conclusivos para favorecer ou afastar uma conclusão possível em um dado caso. O argumento conclusivo ou definitivo de um caso, quando ele ainda permanece aberto após esse teste de consistência e coerência, é um argumento sobre as consequências, mas em um sentido de alguma forma diferente daquele que consideramos até aqui.

Portanto, a justificação das decisões judiciais, quando não for possível recorrer ao silogismo jurídico dedutivo e lógico, ou seja, quando se tratar de casos difíceis que incorram em um dos tipos de problemas (de prova, de classificação, de interpretação, de relevância ou de adequação), demanda a necessidade de uma argumentação persuasiva e informal que passa pela demonstração dos seguintes critérios: universalização, consistência, coerência e, por fim, consequencialismo jurídico.

---

26 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 139-140.

Esse modelo de argumentação jurídica contribui para a racionalidade das decisões judiciais, na medida em que garante maior limitação de decisionismo e discricionariedade interpretativa por meio de um controle da justificação da decisão. Desse modo, contribui com uma maior segurança jurídica aos cidadãos, primordial, como já visto, em um Estado Democrático de Direito.

Deve-se, assim, reconhecer a necessidade de se resgatar a lógica dedutiva na argumentação jurídica a partir do silogismo jurídico como papel central e estruturante desse sistema, fazendo-se a utilização de modelos informais e persuasivos apenas se ocorrer os problemas indicados acima, e, ainda assim, impondo à justificação da decisão certos critérios argumentativos.

Para os denominados como casos fáceis se utiliza o critério dedutivo do silogismo jurídico, enquanto que para os casos difíceis, reconhecidos como aqueles em que o silogismo é dificultado pela existência de problemas, a argumentação jurídica deve apresentar critérios de universalidade, consistência, coerência e consequencialismo jurídico. Esses critérios serão os responsáveis por garantir o controle da justificação da decisão.

Conclusão.

A teoria do silogismo jurídico de Neil MacCormick foi feliz ao propor o retorno da lógica dedutiva à justificação das decisões judiciais, na medida em que as demandas judiciais são retratos de conclusões advindas da análise de premissas maiores – as normas jurídicas que possuem caráter geral e universal – com as premissas menores – o evento ocorrido no caso concreto.

Por isso, é comum que os demandantes de uma decisão judicial elaborem uma narrativa dos fatos ocorridos e indiquem as leis aplicáveis, o que também deve ser apresentado pelo magistrado na justificação de sua decisão. A partir dessa silogística, por exemplo, se (i) uma lei proíbe a venda de bebidas alcoólicas para menores de dezoito anos, sob pena de o estabelecimento ser multado, e (ii) um determinado estabelecimento vendeu bebidas alcoólicas para uma pessoa menor de dezoito anos, logo (iii) esse estabelecimento deve ser multado.

O silogismo jurídico, desse modo, deve ser considerado como a moldura estruturante da argumentação jurídica e, como tal, reduz os problemas na aplicação do Direito para os seguintes: problema de prova, de classificação, de interpretação e de relevância.

Em virtude da lógica dedutiva existente no silogismo jurídico é razoável que se acrescente o problema de adequação nesse nível de argumentação, que ocorrerá quando a norma jurídica indicada como premissa maior não é consonante com os princípios e regras assegurados em uma lei (constitucional) fundamental do sistema jurídico. Assim, evita-se que arbitrariedades sejam praticadas com o fundamento de estrito cumprimento legal.

Ocorrendo qualquer desses problemas, o aplicador do Direito deve recorrer a um segundo nível da argumentação jurídica, utilizando-se de uma lógica informal e persuasiva na justificação de sua decisão. Justificação essa que será controlada com a exigência de comprovação de quatro critérios, quais sejam: universalização, consistência, coerência e consequencialismo jurídico.

O silogismo jurídico, portanto, não exclui definitivamente a utilização de argumentação não lógica na aplicação do Direito, mas limita a sua incidência para os casos difíceis e, ainda assim, com a indicação de critérios que buscam a limitação da discricionariedade judicial e a garantia da segurança jurídica dos cidadãos, notadamente contra ações arbitrárias dos agentes Estatais.

Apesar do marco teórico de MacCormick não estar imune a críticas[27][28], é uma contribuição de relevante importância para a argumentação jurídica, lançada em seu contexto justificativo, fazendo uma reconciliação do Estado de Direito com o caráter argumentativo do Direito.

Desse modo, a argumentação jurídica deve possuir o silogismo jurídico como moldura central e estruturante, a partir da qual se garante a

27 Cf. ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 139-155.

28 Lenio Streck apresenta críticas, de modo geral e bem fundamentado, a todas as teorias da argumentação jurídica, as quais não iremos aprofundar no presente ensaio por não fazer parte de sua pretensão. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278-282.

racionalidade no pensamento jurídico e, por consequência, a confiabilidade e a segurança nas expectativas sociais.

Aliás, já no prefácio à edição brasileira de sua obra Retórica e o Estado de Direito, MacCormick demonstra sua preocupação em apresentar um modelo de argumentação jurídica que possibilite que a criação e aplicação do Direito seja racional, e, racional, no sentido de uma característica comum e definidora dos seres humanos. Tanto que chega a afirmar que "*o Direito não é somente a vontade dos poderosos. O Direito é capaz de expressar a vontade racional de toda a sociedade*"[29].

Por fim, interessante ressaltar que MacCormick[30] ao rebater críticas de Hans Kelsen[31], confirmou que aceita que as decisões são atos de vontade e, como tais, não são derivações lógicas e dedutivas de premissas. Mas a justificativa da decisão está sujeita a uma análise lógica, na medida em que o raciocínio jurídico não garante uma decisão, mas a justifica.

Assim, embora a decisão seja um ato de vontade, é equivocado sustentar que não há uma lógica no pensamento jurídico capaz de possibilitar uma racionalidade nas justificações do aplicador do Direito.

Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito, teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª Ed. Landy, São Paulo: 2003.

DWORKIN, Ronald. O império do direito; tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada lingüístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

---

29 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. IX-X.

30 MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 73.

31 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORNICK, Neil. *La argumentación silogística: una defenza matizada*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30. 2007.

__________. Retórica e o estado de direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEYER, Bernard. A arte de argumentar: com exercícios corrigidos. Tradução Ivone C. Benedetti – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

NASCIMENTO, Maria Jacqueline Faustino de Souza Alves do Nascimento. O raciocínio jurídico e sua argumentação segundo Perelman. Monografia apresenta ao curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito da Universidade Estadual do Ceará (UECE). 2010.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. Tradução Vergínia K. Pupi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004.

__________; OLBRECHTS-TYTECA. Tratado da argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes,1999.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278-282.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito Vol. 2 – N. 3 – jan. a dez. – 2005.

FUNDAMENTOS DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA NO DIREITO URBANÍSTICO A PARTIR DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE NIKLAS LUHMANN – ANÁLISE DA AUTOEXECUORIEDADE DO PODER PÚBLICO DISTRITAL NA ADEQUAÇÃO DO SOLO URBANO

Daniel Augusto Mesquita

Resumo: O presente artigo tem por propósito analisar, a partir da análise da sociologia do direito de Niklas Luhmann, o direito urbanístico como um direito difuso em conflito com direitos de caráter individual, mais especificamente o uso da força pelo Estado, por meio da autoexecutoriedade do poder de polícia, em seu mister de adequar os espaços urbanos à legislação urbanística. A legislação do Distrito Federal que autoriza a demolição de edificações é também apreciada nesse contexto.

Palavras-chave: Expctativas cognitivas e normativas. Uso da força pelo Estado. Poder de polícia. Autoexecutoriedade. Direitos de caráter individual. Direito urbanístico difuso. Procedimento. Distrito Federal.

Introdução

A ocupação desordenada do solo urbano no Distrito Federal revela que o poder público não foi capaz de promover um meio ambiente urbano adequado ao longo da história dessa unidade da federação.

Tal problema remonta à Constituição de 1891, quando foi reservada uma área de 14.400 km^2 para nela se instalar a futura capital do país, em seu artigo 3º, e à efetiva demarcação de uma área de aproximadamente 5.000 km^2, entre os paralelos 15°30' e 17° e os meridianos W.Gr. 46°30' e 49°30', onde se localizaria o Distrito Federal, pela Lei nº 1.803/53[32].

Isso porque, a partir da demarcação da área, não se seguiu uma política eficiente de planejamento urbano. A criação da NOVACAP pela Lei n° 2.874/56, que fez incorporar ao capital da empresa pública a área de 5.000km^2 já demarcada para a instalação da nova capital e posterior criação da

32 Demarcação essa promovida em atendimento ao § 1º, do artigo 4°, das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição de 46.

TERRACAP (Lei n° 5.861/72), cujo propósito era tornar o processo de ocupação do novo Distrito Federal mais ágil, não surtiram o efeito desejado.

A demarcação das terras do Distrito Federal não foi acompanhada das ações discriminatórias para identificar os proprietários de terras particulares que havia no perímetro do Distrito Federal. Diante disso, os registros das terras desapropriadas pela União se fizeram em condomínio com os particulares, de modo que diversas matrículas fazem constar, ainda hoje, a TERRACAP como proprietária de 95% a 99% da fazenda.

Ademais, a empresa pública não observou que o vertiginoso crescimento demográfico da Capital teria que ser acompanhado do crescimento de oferta de moradias, ou seja, não houve uma política de parcelamento e venda de terras públicas que acompanhasse o aumento da população do Distrito Federal. A grande maioria das áreas do Distrito Federal ficou represada no patrimônio da TERRACAP.

Outro momento histórico que contribuiu para a ocupação desordenada foi o incentivo dado pelo próprio governo para a ocupação de áreas públicas sem o antecedente procedimento de loteamento das unidades imobiliárias, conforme disciplinado pela Lei n. 6.766/79.

Nas décadas de 80 e 90, cidades como Riacho Fundo e Santa Maria foram inteiramente edificadas e ocupadas pela população de baixa renda sem que nenhuma residência tivesse o seu respectivo registro no cartório competente.

Para agravar tal quadro, o mesmo governo conferiu a milhares de família títulos simbólicos, tais como, “autorizações de ocupação” e “certificados de regularização fundiária”, todos sem qualquer respaldo legal, criando uma crença na população beneficiada de que a moradia conferida era regular, o que contribuiu para a ocupação desordenada.

Lado outro, diversos condomínios fechados foram erguidos em áreas públicas e privadas, a revelia de qualquer autorização legal ou de qualquer procedimento administrativo de parcelamento do solo. Nesses condomínios, a ação de grileiros prevaleceu sobre o poder de polícia do

Estado, contribuindo, mais uma vez, para que a expectativa da sociedade de que o “normal” seria a ocupação sem título imobiliário.

Esses acontecimentos subverteram toda a lógica do direito urbanístico e da concessão de moradias dignas no Distrito Federal. A ocupação irregular de áreas públicas e privadas a um preço mais acessível não foi acompanhada, por óbvio, dos equipamentos públicos, áreas de uso comum e serviços públicos necessários ao desenvolvimento urbano saudável.

Na consciência individual do cidadão beneficiado pelas ocupações irregulares e em algumas decisões judiciais, o enfoque individual do direito à propriedade e do direito social à moradia prevalece sobre o aspecto difuso do direito urbanístico. Na contramão dessa tendência e buscando restabelecer a expectativa de que as regras de ordenamento do solo devem prevalecer, o Estado lança mão de seu poder de polícia para promover derrubadas de construções irregulares.

Nesse contexto, o presente estudo busca, a partir da análise da sociologia do direito de Niklas Luhmann, explorar a dicotomia entre as expectativas cognitivas e as expectativas normativas e apresentar a função do uso da força pelo Estado no cenário da desordem fundiária no Distrito Federal.

Além disso, a análise do conflito entre o poder de polícia estatal e o direito social à moradia passará pela constatação de que esse poder estatal busca materializar um direito de caráter difuso, qual seja, o adequado ordenamento do espaço urbano, corolário do meio ambiente urbano adequado. Assim, ao atuar com foco na materialização desse direito fundamental, a Administração deve ter a seu dispor instrumentos para promover a execução dos atos materiais de retirada das ocupações ilegais.

Nesse aspecto, o trabalho abordará, especificamente, o alcance do atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo no exercício dessa atividade, de modo a evidenciar qual seria o procedimento constitucionalmente adequado, de modo a não violar o direito à moradia do cidadão que ocupa a área irregularmente.

As expectativas cognitivas e normativas nas ocupações irregulares

Na obra “Sociologia do Direito 1”, Niklas Luhmann analisa o direito sob o enfoque do estudo da sociologia. Partindo da premissa de que o direito é um fato social e de que toda a vivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito, Luhmann observa o direito como uma estrutura e a sociedade como um sistema, sendo que ambas possuem uma relação de interdependência recíproca (Luhmann, 1983, p. 15).

Aprofundando nas raízes do direito, o sociólogo alemão analisa o fato do dever ser, indagando “o que afirma esse símbolo do dever ser? Qual o significado de experiências e principalmente expectativas sejam experimentadas com essa qualidade do dever ser” (Luhmann, 1983, p. 43). Toda essa análise pré-psicológica e pré-socióloga, o permitiu mergular na essência do direito e descobrir “as origens da singular necessidade de ordenamento” (Luhmann, 1983, p. 44). Assim, a sociologia do direito, a parir desse marco, cuidou de investigar o por quê da existência do direito e qual a sua função numa sociedade.

Após a análise da complexidade da vida humana em sociedade e das contingências verificadas quando do não atendimento das expectativas geradas pelo outro, Luhmann observou que o homem assimila a experiência – tanto a vivida por ele mesmo quanto a de terceiros – para estabilizar comportamentos diante de desapontamentos. Assim, se um cidadão constrói uma cômodo de sua casa invadindo o terreno vizinho e este vem a defender a sua posse, demolindo tal construção, outros vizinhos não edificarão sobre aquela propriedade, pois assimilaraM a experiência vivida em sua rua.

Nessa situação, a reflexividade das expectativas foi reduzida, uma vez que o ato ilícito foi reprimido pela defesa da posse promovida pelo proprietário. Contudo, se este nada fizesse e a edificação invasora não fosse reprimida – seja porque não tomou conhecimento do da invasão, seja porque imaginou que não teria instrumentos físicos ou legais para repudiar o ato – os demais vizinhos ficariam tentados a promover o mesmo ato ilícito diante da expectativa do sucesso da empreitada. Assim, os demais vizinhos teriam a sensação de que o proprietário do lote invadido seria conivente com tal

situação todas as vezes que alguém edificasse sobre o seu terreno. Essa seria uma expectativa dos vizinhos gerada sobre a expectativa do proprietário.

A partir dessa crescente complexidade sobre expectativas acerca da expectativas de terceiros é que Luhmann identifica a necessidade de se instituir simplificações da reflexividade das expectativas (Luhmann, 1983, p. 50). No exemplo dado, a expectativas dos vizinhos invasores foi errada, pois acabaram por violar a propriedade individual do outro. Isso demonstra que as expectativas geradas podem ser erradas, enganosas ou irreais. Sem um redutor de complexidades de expectativas, a desordem e o caos imperariam.

Com isso, percebe-se, na teoria da sociologia do direito de Luhmann, que o direito confere uma segurança em termos de expectativas, ou seja, ele estabiliza expectativas de uma forma geral (característica da generalidade do direito), conferindo um âmbito seguro de conduta e de comportamento humano que seja adequado à sociedade. Nesse quadro, o sujeito tem a segurança de que o outro agirá conforme a norma – não mais conforme ele supunha que o terceiro agiria em razão de sua experiência – e, por isso, ele também deve agir nos termos regulado pelo direito.

No ponto, o texto de Niklas Luhmann:

> Assim, a normação confere continuidade a uma expectativa, independentemente do fato de que, de tempo em tempo, ocorra decepção quanto a ela. Através da institucionalização, supõe-se consenso geral, apesar do fato de que alguns indivíduos não concordem. Mediante identificação, garante-se coerência e unidade de sentido, apesar da diferença objetiva das expectativas. A generalização realiza, portanto, uma imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades, sua função auxilia o processo necessário de redução, e nisso que ela possibilita indiferença inofensiva (Luhmann, Direito como Generalização Congruente, 2005, p. 130).

Dentro desse contexto de aplicação do direito como instrumento de estabilização de expectativas, surgem os conceitos de expectativas cognitivas e normativas.

Numa situação de desapontamento, ou seja, quando um indivíduo esperou que a conduta A fosse adotada por um terceiro, mas este acabou por adotar a conduta B, pode haver duas conseqüências: (a) o indivíduo passa a

adotar a conseqüência vivida para os demais casos similares, adaptando à sua realidade uma nova expectativa; ou (b) o indivíduo mantém a expectativa mesmo que ela tenha sido frustrada.

Na primeira conseqüência, segundo a teoria de Luhmann, temos a expectativa cognitiva e, na segunda, a normativa (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, p. 56).

No estudo das ocupações irregulares no Distrito Federal, objeto deste artigo, temos como exemplo de expectativa cognitiva a do sujeito que sabe ser errado construir sua casa em terreno alheio, mas, verificando que várias outras pessoas já edificaram em determinado terreno particular e nada sofreram, resolve também edificar naquela área, pois houve a tolerância do proprietário. Lado outro, temos como exemplo de expectativa normativa a do sujeito que observou que várias pessoas construiram suas casas em área pública e resolveu construir a sua na mesma localidade, na confiança de que nada iria sofrer. Esse indivíduo, contudo, sofre a ação estatal de derrubada de sua construção, pois, mesmo havendo outras pessoas em área pública, há diversas normas que proibem a construção e que autorizam a demolição imediata de construção de edificação em área pública[33].

No segundo caso, o sistema social orienta e canaliza o processamento do desapontamento de expectatvias para que se estabilize a estrutura jurídica e se promova o exercício contrafático da expectativa frustrada, ou seja, a norma se imporá, seja por meio de uma decisão estatal (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, p. 72)[34], seja por meio de uma sanção (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, p. 73)[35], mesmo que o sujeito não

---

33 Lei distrital n. 2.105/98: Art. 178 - A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.

§ 1º O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata.

34 "Frente a despontamentos de expectativas normativas usa-se a argumentação, exige-se, apresenta-se ou aceita-se esclarecimentos, justificativas, desculpas, escusas. Em situações não duvidosas esse processo condensa-se em rápidos entendimentos que não deixam surgir dúvidas, melindres ou sentimentos. Trata-se aqui de tentativas em comum de salvar a norma ameaçada, de superar o abismo entre a norma e o comportamento. O desvio é neutralizado simbolicamente. Todos se curvam frente a norma, apontando, pelo menos através das implicações daí resultantes, no sentido da continuidade da vigência da norma, e que aquele que dela se desviou permanece confiável, apesar do desvio".

35 "A saída mais importante e típica para essa situação forçada é a sanção. O desapontamento pune o desapontador por meio de olhares, gestos, palavras ou atos; seja para induzi-lo a um comportamento conforme a expectativa, ou seja apenas para salvaguardar demonstrativamente sua expectativa frente à decepção."

tenha alterado a sua expectativa inicial de que ele poderia construir em área pública.

A partir desse arcabouço teórico, os próximos tópicos demonstrarão como o direito urbanístico se estrutura por meio de leis que buscam desapontar expectativas distorcidas dos cidadãos do Distrito Federal que, num contexto de décadas de ocupação desordenada, passaram a compreender que seria legítimo a construção de casas em terrenos públicos ou privados sem autorização do poder público.

As regras de direito urbanístico

O direito urbanístico é a ciência notadamente de natureza administrativa, incidente sobre os fenômenos do urbanismo, destinada ao estudo das normas que visem a impor valores e convivências na ocupação e utilização dos espaços habitáveis.

A finalidade básica do direito urbanístico é "aquela que visa propiciar o adequado aproveitamento pelo homem dos espaços habitáveis, atendendo à função social da propriedade, assegurando melhor qualidade de vida à comunidade nas funções essenciais do urbanismo: habitar, circular, trabalhar, recrear e preservar o meio ambiente" (Fuhro, 2003).

Nesse contexto, o direito urbanístico é uma expectativa normativa que exerce função contrafática, uma vez que, mesmo quando do desapontamento de expectativas legítimas daqueles que observam as normas urbanísticas por invasores de áreas públicas ou por aqueles que constroem sem licença do poder público, as normas de direito urbanístico se impõem de forma contrafática.

Essas regras são verificadas nas mais diversas situações cotidianas, porquanto regulam o funcionamento do ambiente urbano e, portanto, estão presentes no dia-a-dia de toda a população urbana brasileira. Seja na execução de obras públicas e privadas, seja no funcionamento de estabelecimentos comerciais, seja no planejamento urbano, nas normas de gabarito ou na criação de espaços públicos, o direito urbanístico se apresenta vivo na sociedade.

Outro elemento fundamental do direito urbanístico é a sua capacidade de alterar a situação fática de uma cidade para adequá-la ao planejamento urbano previamente estabelecido para ela. Nesse contexto, evidencia-se a característica da coesão dinâmica das normas urbanísticas, que traduz a sua capacidade de transformar a realidade e a adequá-la àquilo que a legislação determina (Silva, 1997, p. 54). Isso quer dizer que a norma urbanística aplicada de forma isolada não é capaz de modificar a realidade, mas quando ela é implementada de forma global, em conjunto com outras normas, se promove a transformação do ambiente urbano, adequando-o ao estabelecido na legislação (Mazzoni, 1975).

Nessa transformação, as normas urbanísticas acabam por interferir no direito individual à propriedade e no direito social à moradia. Por um lado, a propriedade é afetada em razão de normas limitadoras ao livre gozo desse direito individual. Aquele, por exemplo, que detém um terreno não poderá construir quantos andares lhe aprouver, mas sim o número de andares previamente estabelecidos na legislação urbanística. Por outro, o direito urbanístico protege o direito à propriedade contra interferências ilegítimas, porquanto não se autorizará, por exemplo, uma construção que se avance sobre terreno vizinho. No que se refere ao direito social à moradia, o direito urbanístico vai promover o zoneamento urbano e, dentre outras previsões, vai definir onde poderão ser construídas casas populares e qual o percentual da área loteada deve ser reservado para equipamentos públicos como escolas, praças e hospitais.

Esses aspectos até aqui alinhados demonstram que o direito urbanístico tem uma visão macro da ocupação dos espaços urbanos. A partir dessa visão, os direitos subjetivos dos indivíduos acabam sendo incomodados pela necessidade de adequação ao ambiente em que inserem. Afinal, todo aquele que goza dos benefícios de viver em uma cidade também se submetem ao ônus de atender aos interesses difusos daqueles que a compõem.

Essa visão macro pode ser entendida a partir do funcionalismo jurídico material definido por Castanheira Neves, nos seguintes termos:

> O que não impedirá que se diga, como que numa repetição em síntese de tudo o que se disse, que para o funcionalismo

> jurídico – continuamos a considerar especialmente o funcionalismo jurídico material – o direito será uma organização e um operador, uma actividade instrumentalmente estratégia e decisória com uma intenção regulativa da vida histórico-social em termos finalisticamente planificados e programados e com vista a obter com ele certos resultados/efeitos sociais. (Neves, 1998, p.160)

O direito encontra-se, desse modo, voltado a uma atividade estratégica que visa regular a vida social em um sentido finalístico, ou seja, com um objetivo definido. Na realidade do direito urbanístico, o seu fim último é a adequação do espaço urbano em prol de um meio ambiente urbano equilibrado e saudável. Nesse contexto, as necessidades puramente individuais do proprietário ou daquele que demanda uma moradia sucumbem frente à necessidade de se atender a um direito difuso de todos aqueles que vivem na cidade. Assim, a orientação finalística do direito urbanístico volta-se ao atendimento da sociedade como um todo e não dos habitantes individualmente considerados.

No Brasil, a conformação constitucional do direito urbanístico confirma o raciocínio até aqui apresentado. Ao conceber a política urbana, a Constituição estabeleceu que a legislação municipal deve "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"[36]. Além disso, estabeleceu que o cumprimento da função social da propriedade urbana se condicionada à observância das normas do plano diretor. Noutro dispositivo, ao estabelecer as competências municipais, a Carta estabeleceu que compete aos municípios promover o "adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"[37].;

Esses dispositivos já seriam suficientes para determinar que, na ordem constitucional brasileira, o exercício do direito individual à propriedade

---

36 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

37 Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

na cidade submete-se ao direito difuso do adequado ambiente urbano. Mas o próprio art. 5º da Constituição informa que "a propriedade atenderá a sua função social"[38], reforçando a conclusão de que, na cidade, só será legítima a construção promovida nos limites da legislação urbanística.

Com relação ao direito social à moradia, o mesmo raciocínio é válido, porquanto esse direito social será materializado quando da concessão ou da aquisição de uma edificação ao indivíduo. Essa construção, se promovida em uma cidade, deverá observar a legislação do município, pois será mais uma edificação que fará parte de um todo, de um conjunto maior de edificações, que compõe o meio ambiente urbano. Ademais, o bem doado ou comprado, quando passar a integrar o patrimônio do indivíduo, também seguirá o regramento mestre da propriedade, o que levará à necessária observância de sua função social.

Assim, no contexto macro da organização urbana promovida pelo arcabouço normativo urbanístico, tanto o direito à propriedade como o direito à moradia assumem uma feição individual e sucumbem diante do direito urbanístico, revelando o caráter contrafático desse direito frente aos desapontamentos daqueles que descumpriram as normas estabelecidas.

No Distrito Federal, a ideia de expectativa normativa – que não sucumbe frente aos desapontamentos daqueles que ignoravam as normas – revela-se indispensável, uma vez que as normas urbanísticas distritais buscam inverter a lógica estabelecida nas décadas de ocupação desordenada das cidades, quando o normal era construir sem alvará, sem qualquer registro de propriedade ou qualquer autorização do proprietário do solo edificado.

O uso da força: a compreensão do poder de polícia a partir de Luhmann

Construídos os primeiros pilares que auxiliarão na exata compreensão da imposição legítima do direito urbanístico frente aos direitos à propriedade e à moradia, quais sejam, o de que o direito tem a função de estabilizar expectativas, o de que as expectativas normativas não sucumbem a partir da frustração da expectativa do indivíduo e de que o direito urbanístico

---

38 Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

caráter difuso e tem o fim de adequar o meio ambiente urbano para que este seja saudável para todos, o presente estudo passa a um outro pilar, qual seja, o uso legítimo da força para a implementação da normas urbanística no mundo dos fatos.

A mudança do quadro fático no ambiente urbano é, muitas vezes, promovida de forma trágica. Isso porque, a adequação desse ambiente às determinações legais pressupõe a remoção de famílias já instaladas para outros locais ou mesmo a demolição de residências.

O uso legítimo da força pelo Estado é estudado, no âmbito do direito administrativo, a partir da análise do poder de polícia. Celso Antônio Bandeira de Mello (Mello, 2010, p. 822-823) apresenta o conceito de poder de policia sob dois enfoques: sentido amplo e sentido estrito. O primeiro englobaria todas as atividades do Estado limitadoras do exercício da liberdade e da propriedade, inclusive as editadas pelo Poder Legislativo sob a forma de lei geral e abstrata. O segundo seria relacionado às restrições realizadas pelo Poder Executivo (sejam elas gerais e abstratas ou concretas) com o propósito de coibir atos individuais contrários aos interesses sociais.

Contudo, é a partir da sociologia do direito de Luhmann que o uso da força física pelo direito revela-se exato.

O direito, como função estabilizadora de expectativas e como elemento indispensável à segurança de que as condutas serão praticadas da forma prescrita no ordenamento, ou seja, como generalização congruente, necessita de instrumentos de “normalização” de condutas. Por meio desses instrumentos, o direito identifica a frustração em um contexto fático, institucionaliza essa frustração e normatiza o tema para que a conduta do indivíduo que gerou a frustração passe a ocorrer nos termos da norma (assimilando o seu conteúdo) e o indivíduo frustrado terá sua expectativa normatizada.

Luhmann observa, contudo, que a simples normatização não é suficiente para que o direito cumpra sua função de generalização congruente, pois deve haver um consenso na sociedade de que a norma deve ser aplicada. A simples estabilização de expectativas por meio da edição de normas não tem

o condão de impedir a ocorrência da frustração daquele que confiou na lei. O direito deve, além de normatizar, promover o consenso de que a norma deve ser aplicada da forma correta. No ponto, Luhmann afirma: "Por isso é necessário dispor de um modo de processamento das frustrações que apresente resultados tão inequívocos que permitam o encadeamento direto da suposição do consenso, ou até do próprio consenso. Isso é produzido pela força física" (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, p. 124).

A força física, para o sociólogo, surge como uma ferramenta para se induzir o consenso social de que a norma deve sim ser observada.

Porém, essa indução não será promovida por meio da mutilação de corpos, morte de pessoas ou espetáculos macabros, a força física torna-se relevante para o direito "em seus aspectos sensoriais e simbólicos, que acompanham o evento físico-orgânico e apresentam os elementos de decisão" (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, p. 124).

Assim, o uso da força estatal tem, tão somente, a função pedagógica do exemplo de que a sanção se repetirá em caso de novo descumprimento da norma. Trazendo a teoria de Luhmann para a realidade das ocupações irregulares no Distrito Federal, o uso do poder de polícia pelo Estado espalharia a todos os demais cidadãos a mensagem de que: todo aquele que descumprir a norma de que somente se pode construir com autorização do poder público terá a sua edificação demolida (arts. 51 e 178 da Lei distrital n. 2.105/98)[39]. A efetiva demolição da residência de João ou de José serviria de símbolo para que todos os habitantes do Distrito Federal requeressem o competente alvará de construção antes de iniciar sua obra.

Por mais que outro cidadão não concorde com a lei acima mencionada, a sanção decorrente de seu descumprimento será aplicada, demonstrando-se a perseverança do direito (Estado[40]) em manter uma

---

39 Art. 51 da Lei n. 2.105/98: As obras de que trata esta Lei, em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional.

Art. 178 da mesma Lei: A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.

§ 1º O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata.

40 Luhmann destaca que a decisão sobre o uso da força física é monopólio do Estado (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, p. 129).

expectativa frustrada (toda vez que um cidadão agir contrariamente à norma, sua expectativa será frustrada).

A partir do momento em que a sociedade verificar que a força física do Estado realmente está se implementando na hipótese de descumprimento do art. 51 da Lei distrital n. 2.105/98, a expectativa cognitiva até então vigente de que o correto é ocupar e construir a revelia do poder público se extinguirá diante das inúmeras frustrações[41].

Diante da função simbólica da força estatal, não pode a Administração Pública ou o Poder Judiciário ser conivente com infrações ao direito urbanístico. Se um indivíduo abusa do seu direito de propriedade e constrói ignorando as regras estabelecidas, a força do Estado, por meio do poder de polícia, deve sim ser implementada para se inverter a expectativa (cognitiva) da população distrital na impunidade daqueles que violam as normas de edificação.

A expectativa normativa deve exercer sua contrafaticidade e se valer dos instrumentos legais para impor as conseqüências estabelecidas na norma, seja por meio de atos administrativos meramente formais (*e.g.* autos de infração, multas e decisões administrativas) seja por meio da força (*e.g.* demolição de edificações, apreensão de bens, embargos de obras).

Somente a partir do exercício amplo e impessoal da força estatal admitida na legislação é que se passará a mensagem, o símbolo, à população distrital que o código de edificações deve ser cumprido.

Não se ignora, neste estudo, a posição de Luhmann no sentido de que algumas expectativas normativas podem ser superadas, como na hipótese de adequação da legislação à moldes promovidos pela jurisprudência ou na hipótese em que diversos carros estão estacionados ao longo de placas de "proibido estacionar". Contudo, essas hipóteses são excepcionais e somente são aplicadas se demonstradas as vantagens do descumprimento da norma de

---

41 Luhmann avança ainda mais informando que, nas sociedades modernas altamente complexas, a certificação da expectabilidade de expectativas é muito mais importante do que assegurar a realização das expectativas. Ou seja, o processo decisório estatal que afirmará que houve descumprimento da norma já será suficiente para passar a mensagem de que a norma foi sim descumprida e que ela se impõe. A utilização da força física como símbolo não será mais relevante, pois a simples decisão estatal já demonstrará à sociedade que a expectativa do indivíduo foi frustrada (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, pp. 129, 131 e 132).

acordo com as circunstâncias. No ponto, o seguinte trecho da obra Sociologia do Direito 1:

> Para alguém preso à lógica, tais contradições poderão ser perturbadoras e bloquear seu raciocínio. O sociólogo, no entanto, deve reconhecer que elas favorecem o equilíbrio institucional. (...) Caso um tal comportamento traga dificuldades consideráveis, porém, existem saídas aceitáveis. É tão-somente essa forma que se realiza plenamente a vantagem de se ter a disposição estratégias contrárias, mas funcionalmente equivalentes, para o tratamento de desapontamentos, ou seja, a vantagem de se assimilar, ou não, conforme as circunstâncias. (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, pp. 63 e 64)

Na hipótese de descumprimento das normas de direito urbanístico, que implicam numa violação ao direito difuso a uma cidade adequada às necessidades urbanas, não há falar em estratégias “funcionalmente equivalentes” ou “conforme as circunstâncias” para se admitir a violação às regras urbanísticas. Mais uma vez, revela-se aqui a perspectiva funcional do direito urbanístico em que as necessidades individuais sucumbem diante de um bem estar coletivo.

Nesse quadro, percebe-se a necessidade de utilização ampla do poder de polícia para que a força estatal alcance a função reconhecida por Luhmann de simbolizar a necessidade de alteração das expectativas equivocadas daqueles que insistem em ignorar as normas urbanísticas no Distrito Federal.

Esse é um longo e necessário caminho a ser percorrido, uma vez que a crença de que o correto é construir sem qualquer autorização prévia vem de décadas de ocupação desordenada no Distrito Federal. A força estatal deve continuar cumprindo o seu papel simbólico até que a sociedade alcance o patamar das sociedades mais modernas em que “a certificação da expectabilidade de expectativas [decisões estatais] é muito mais importante que assegurar-se a realização das expectativas [uso da força]” (Luhmann,

Sociologia do Direito 1, 1983, p. 131)[42]. Nessas sociedades, o simples processo de decisão estatal já causa o efeito simbólico de operatividade do direito.

Implicações do uso da força estatal no ambiente urbano do Distrito Federal

No tópico anterior constatou-se que o direito deve manifestar a sua força para como elemento simbólico de estabilização das expectativas. No direito administrativo, o uso da força estatal voltado a limitar a liberdade ou a propriedade do indivíduo em prol do bem comum é denominado poder de polícia.

O atributo desse poder que autoriza a Administração a modificar imediatamente a ordem jurídica, valendo-se de seus próprios atos ou instrumentos, sem precisar buscar as medidas executórias do Poder Judiciário, é a autoexecutoriedade (Mesquita, 2011, pp. 81-82) . Esse atributo é uma consequência necessária da imperatividade do ato administrativo, conferido à Administração para promover a satisfação dos interesses gerais que demandam a sua execução (Benaches, 1991, p. 33). Por meio dele, a Administração pode exigir o cumprimento das leis ou promover, por seus próprios meios, sem a necessidade de se socorrer ao Poder Judiciário, as alterações necessárias no mundo dos fatos.

A autoexecutoriedade não é automática em todos atos administrativos de polícia. Tal atributo pode ser lançado pelo poder público (a) quando a lei expressamente autorizar[43]; (b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade[44];

---

42 "Isso pressupõe a diferenciação de papéis correspondentes para a decisão e a execução jurídica (ou seja, uma construção social relativamente complexa) e assegura às expectativas que são confirmadas como de direito, através dos processos decisórios organizados, uma superioridade tão efetiva em qualquer caso, que cada vez mais se pode prescindir do ato de força enquanto forma de expressão. Em seu lugar surge a decisão. A execução da pena tem lugar por trás dos muros. O exercício público da força física torna-se praticamente desnecessário." (Luhmann, Sociologia do Direito 1, 1983, p. 129)

43 "La Ley cuando estabelece la ejcutoriedad del acto administrativo, se inspira em la exigencia de que los actos de la Administración pública sean exigidos, incluso ilegítimos, porque razones de interés público imponen que éstos alcancen inmediatamente el efecto al que están destinados" (Benaches, 1991, p. 33)

44 Es decir, que siendo la Administracioón pública uma parcela del Poder soberano encargada de realizar, por el modo más general y amplio, los fines de interes comuns, dando satisfación a los intereses públicos com la mayor protitud y eficácia, no es lógico permitir que se le opongan interesos particulares y se demore, em contemplación a éstos, la realización de lo que conviene al público interes. Las ordenes de la Administración deben llevarse a cabo sin retardo, y por eso há de concederse a los órganos administrativos públicos facultad para ejecutar por si lo

e (c) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia (Mello, 2010, p. 842).

Transpondo esses conceitos teóricos para a realidade do Distrito Federal, constata-se que a legislação distrital prevê a utilização do atributo da autoexecutoriedade em diversas situações e por diversas formas quando o tema é a adequação dos espaços urbanos à legislação.

Entretanto, o ponto que mais gera questionamentos é a possibilidade de se promover demolições de edificações já concluídas e habitadas.

A legislação distrital autoriza a demolição de edificação construída "em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para a adequação à legislação vigente" (art. 178, *caput,* da Lei distrital n. 2.105/98). Nessa hipótese, constatada a edificação irregular, o infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias. Contudo, se a construção ocorrer em área pública, a ação estatal de demolir será imediata (§ 1º do mesmo dispositivo).

Assim, partindo-se do pressuposto de que a força estatal deve se apresentar como um símbolo para a imperatividade do direito e da estabilização das expectativas e de que a tutela do direito difuso ao meio ambiente equilibrado se sobrepõe aos direitos de caráter individual, não há dúvidas de que o Estado pode sim se valer da autoexecutoriedade do poder de polícia para promover derrubadas de construções erigidas em desacordo com a legislação urbanística.

Contudo, a análise do tema ganha novos contornos quando se indaga qual o procedimento deve ser adotado pelo poder público para que a ação da força estatal seja legítima? Tal questionamento se impõe, uma vez que o referido ato de força estatal se choca com o direito individual a ampla defesa e ao contraditório, estabelecido no art. 5º, LIV, da Constituição[45].

---

que han estimado conveniente al bien de la comunidad. HAURIOU afirma que la justificación de tal facultad se halla em la exigência de mantener continua y regulamente el servicio público." (Moro, 1949, p. 35)

45 "Ninguém será privado da liberdade oud e seus bens sem o devido processo legal".

Esse direito individual impõe uma limitação à atuação da Administração Pública que não pode alegar, simplesmente, a supremacia do interesse público sobre o particular para eliminar a edificação irregular. A autoexecutoriedade dos atos de polícia somente poderá ser implementada após o transcurso de um processo administrativo em que o cidadão tenha ciência da irregularidade do seu ato, tenha a oportunidade de se defender e tenha os seus argumentos considerados na decisão administrativa[46].

No Distrito Federal, conforme observado, há dois procedimentos estabelecidos para a demolição: demolição após o transcurso do prazo conferido pela Administração e demolição imediata. No primeiro, o poder público notifica que construiu em desacordo com a legislação urbanística para demolir a sua obra no prazo estabelecido. No segundo, a Administração pode demolir imediatamente a construção promovida em área pública.

Essas situações são análogas ao que o direito espanhol denomina *recuperación de oficio* e *coacción directa.*

A *recuperación de oficio* constitui uma coação administrativa mediata ou indireta para o restabelecimento de um bem público invadido que requer, previamente à eventual coação, a tramitação e resolução de um prévio procedimento administrativo no qual se oportuniza ao infrator da uma justificativa da perturbação ou ocupação ilegítima do bem. Se inexiste motivo justo, uma decisão administrativa será proferida pelo órgão responsável e uma notificação para o cumprimento voluntário da decisão, sob pena de se promover a execução forçada da retirada, será enviada ao infrator (Pequeño, 2010, p. 24).

---

46 Nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes em voto-vista proferido no MS 24268: “Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364”.

Noutro giro, como medida excepcional, que dispensa a instauração de um procedimento administrativo prévio, tem-se a *coacción directa.* Nesta, não é necessário um procedimento formal prévio nem uma decisão administrativa formalizada por escrito determinando a desocupação. O pressuposto para essa coação direta é a ação instantânea da administração no sentido de restabelecer a posse de um bem público usurpado indevidamente por um particular. Nessa hipótese, não há processo administrativo ou fixação de prazo para que o invasor desocupe o bem público. Porém, o fundamental é que as medidas autoexecutórias no sentido de se restabelecer o bem ao poder público sejam adotadas imediatamente[47] (Pequeño, 2010, p. 25).

A distinção entre as situações é análoga à promovida pelo direito civil para autorizar a defesa da posse pelo particular turbado ou esbulhado[48]. Assim, se o possuidor for esbulhado, ele pode agir por sua própria força para ser restabelecido, desde que o faça logo, ou seja, a *coacción directa* é um direito daquele que age imediatamente em defesa de sua posse. Se ao particular é conferido esse direito, com maior razão o mesmo procedimento pode ser adotado pelo Estado.

Os bens públicos não podem ser apropriados de forma individual por quem quer que seja sem um procedimento licitatório prévio ou, ao menos, um contrato administrativo em que se estabeleça uma venda direta, após a desafetação do mesmo por meio da edição de uma lei específica[49]. Ademais, o

---

47 Debe ser uma urgência 'muy urgente', uma situación de 'emergencia' más que de urgência stricto sensu, que precise uma respuesta inmediata e instantânea de la Administración y sin prévios trámites administrativos com plazos establecidos o previstos em el ordenamiento jurídico. Há de ser, por consiguiente, uma urgência que reclame esa coacción directa, que necesite la acción administrativa inmediata em que consiste la autodefensa posesoria y que no pueda satisfacerse com la adopción de otras medidas administrativas. Así, no solo debe concurrir uma situación de extrema urgência que haga inútil toda tramitación urgente del procedimiento del reintegro posesorio, sino que, además, es obligado que la recuperación inmediata de las posesiones públicas sea absolutamente necesaria, esto es, que la coación administrativa eficaz y apropiada para proteger la posesión del bien público del 'peligro inminente' que implica esa perturbación posesoria. No se trata solo de que sea urgente, y, por tanto, necesaria, la recuperación de la posesión administrativa, sino de que también sea precisa o necesaria uma determinada recuperación posesoria, la que se realiza mediante la coacción directa y no la que se pueda efectuar mediante otros actos administrativos como son lãs medidas provisionalísimas em defensa de los bienes públicos que la reciente LPAP (em su art. 42.2 que es, por cierto, um precepto básico) há consagrado expresamente conforme a lo dispuesto com carácter gerenral em el art. 72 LRJPAC. (Pequeño, 2010, p. 32)

48 Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1o O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

49 Lei Orgânica do Distrito Federal: Art. 51. Os bens do Distrito Federal destinar-se-ão prioritariamente ao uso público, respeitadas as normas de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural, arquitetônico e paisagístico, e garantido o interesse social.

§ 1º Os bens públicos tornar-se-ão indisponíveis ou disponíveis por meio de afetação ou desafetação, respectivamente, nos termos da lei.

§ 2º A desafetação, por lei específica, só será admitida em caso de comprovado interesse público, após ampla audiência à população interessada.

§ 3º O Distrito Federal utilizará seus bens dominiais como instrumento para a realização de políticas de ocupação ordenada do território.

interesse público na utilização de um bem público prevalece sobre o interesse privado de ocupação individual do imóvel.

Nesse quadro, o contraditório fica postergado e a legitimidade do esbulho será avaliada posteriormente, com eventual reparação de danos por parte do Estado se, ao final, verificar que o restabelecimento do bem público foi equivocado.

Ao permitir a adoção desse procedimento, o direito cumpre sua função de estabilizar expectativas e dar segurança aos cidadãos, porquanto o ato simbólico de força estatal passará a todos a mensagem de que: a ocupação indevida do bem público ensejará a imediata demolição da edificação nele construída. A transmissão dessa mensagem é de suma importância no Distrito Federal, diante das décadas de ocupação desordenada e de expectativas equivocadas, acerca do direito urbanístico, geradas na população em geral.

Autorizar aquele que construiu em área pública sem qualquer autorização da Administração a permanecer na localidade enquanto responde a um lento processo administrativo ou judicial é consagrar o direito individual em detrimento ao direito difuso ao adequado meio ambiente urbano, é permitir que o invasor crie raízes no local e tenha, mais uma vez, a expectativa cognitiva de que tem o direito de ocupar os espaços urbanos sem observar qualquer requisito.

No ponto, vale observar uma das justificativas políticas para se conferir à Administração a autoexecutoriedade:

> Pero además de esta justificación de carácter genérico, hay razones concretas que explican la necessidad y la conveniência, dentro de uma consideración política, de que los actos de la Administración sean por ésta ejecutivos.
> MELLADO juzga que nadie está em mejores condiciones que la misma Administración que dicta el acto para saber si debe o no ejecutarse y el cuándo y cómo. Y así bien que los procedimientos dilatados, prolijos y lentos de los Tribunales ordinários ebervarían la energia y eficácia que convienen a la acción administrativa, la que por su naturaleza debe ser ejecutiva, rápida y expedita, por lo cual estima que no puede por menos de residir en la Administración la facultad de remover los obstáculos que pudieran oponerse a la ejecución de sus actos.

> BARTHELEMY se refiere también a la lentitud de los Tribunales como inconveniente grave para que la Administración se someta a su previa homologación. Com el pretexto de multiplicar lãs garantias, se llegaría a paralizar la acción administrativa, a hacer imposible la función de policía y a crear de este modo um estado perjudicial a los intereses de los mismo administrados que se pretendia salvaguardar. (Moro, 1949, p. 34)

No direito comparado, podem ser identificadas leis que autorizam o poder público a dispensar a oitiva prévia do interessado. A lei do processo administrativo federal da Alemanha, por exemplo, admite o afastamento da oitiva prévia quando "uma decisão imediata for necessária ao interesse público ou houver *periculum in mora"* e quando "medidas de auto-executoriedade administrativa devam ser adotadas"[50]. Dispositivo análogo encontra-se na legislação italiana[51].

Desse modo, a repreensão imediata de invasões a espaços públicos é medida de força estatal que contribui para a estabilização congruente do direito.

Noutro giro, o procedimento análogo ao da *recuperación de oficio* estabelecido no Distrito Federal é aquele em que a Administração não age de forma imediata para defender o bem público ou aquele em que o poder público busca coibir uma ocupação irregular em imóvel privado.

---

50 "Todavia, a lei expressamente admite o afastamento dessa obrigação em algumas circunstâncias específicas:

§28 Oitiva das partes

(1) Antes da edição de um ato administrativo que afete os direitos de uma parte, a ela deverá ser conferida a possibilidade de expor o seu ponto de vista acerca dos fatos pertinentes para a decisão;

(2) Essa oitiva pode ser afastada quando as circunstâncias do caso não demonstrarem sua necessidade e, particularmente, quando:

1. uma decisão imediata for necessária ao interesse público ou houver periculum in mora;
2. a oitiva comprometer a observância de um prazo essencial para a decisão;
3. não houver risco de prejuízo ao particular por não afastar dos dados que ele forneceu em um requerimento ou em uma declaração;
4. a autoridade administrativa pretender editar uma prescrição geral ou atos administrativos individuais similares em grande número ou ainda atos administrativos por meio de equipamentos automáticos;
5. medidas de auto-executoriedade administrativa devam ser adotadas;

(3) não será concedida a oitiva quando for explicitamente contrária ao interesse público". (Baptista, 2011)

51 Lei n. 241, de 7 de agosto de 1990: Art. 21 – segundo.

Eficácia do ato limitativo da esfera jurídica privada

1. O ato limitativo da esfera jurídica privada adquire eficácia em relação a cada destinatário com a comunicação a ele efetuda ainda que na forma estabelecida pela notificação aos ausentes nos casos previstos no Código de Processo Civil. No entanto, se dado o número de destinatários a comunicação não for possível ou resulte particularmente gravosa, a Administração procederá mediante publicidade idônea dos modos estabelecidos por esta mesma Administração. O ato limitativo da esfera jurídica privada que não tiver caráter sancionatório pode conter uma cláusula motivada de eficácia imediata. Os atos limitativos da esfera jurídica privada que tenham caráter cautelar e urgente são imediatamente eficazes.

Nesse caso, o procedimento conferido pela legislação distrital é o de comunicar o infrator para que ele efetue a demolição em até trinta dias. Nesse prazo de trinta dias, o cidadão tem a oportunidade de apresentar impugnação administrativa contra o auto de infração lavrado no exercício do poder de polícia, oportunidade em que o interessado poderá comprovar que a construção está de acordo com a legislação ou que está em desacordo, mas o projeto pode ser alterado para adequá-lo à legislação vigente.

Ao observar tal procedimento, o ente público equilibra a balança entre o direito urbanístico, de caráter difuso, com o direito individual à propriedade e ao contraditório.

A intimação demolitória é adequada para informar ao cidadão que a Administração já promoveu o levantamento das características da construção e já identificou que ela não se adéqua à legislação, seja porque as leis de zoneamento urbano não permitem construção com aquelas características naquele local, seja porque não há alvará de construção para a localidade arquivado no órgão competente, seja porque a edificação encontra-se em área de risco ou de proteção ambiental.

O cidadão, por outro lado, se tem fundamentos jurídicos e documentos para demonstrar que sua edificação é adequada à legislação vigente ou se seu projeto pode ser adequado a ela, tem a oportunidade de levar essas informações perante a Administração para que esta anule sua intimação demolitória. A partir desse momento, efetiva-se o conraditório e o procedimento será análogo ao da *recuperación de oficio* (Pequeño, 2010, p. 24), até culminar na demolição da construção, restabelecendo-se o direito de todos de viver em um meio ambiente urbano adequado.

Conclusão

A partir da teoria de Luhmann, que assume o direito como um estabilizador congruente de expectativas, percebemos que, na realidade das ocupações irregulares no Distrito Federal parcela da população assumiu a expectativa cognitiva de que daria certo construir sua casa em terreno alheio. Por outro lado, o direito trouxe regras que se impõem mesmo que eventual

frustração do sujeito na empreitada de uma ocupação ilegítima não tenha alterado a sua expectativa inicial de que ele poderia construir em área alheia.

Nessa realidade, a ideia de expectativa normativa – que não sucumbe frente aos desapontamentos daqueles que ignoravam as normas – revela-se indispensável, uma vez que as normas urbanísticas distritais buscam inverter a lógica estabelecida nas décadas de ocupação desordenada das cidades.

As regras de direito urbanístico exercem uma função contrafática e se impõem frente ao direito individual à propriedade na medida em que a política urbana tutela o bem-estar dos habitantes da cidade como um todo, ou seja, assumem um caráter difuso. Além disso, o próprio direito à propriedade reflete a obrigatoriedade do cumprimento das normas urbanísticas de modo a atender a sua função social. No mesmo passo, o direito social à moradia assume uma feição individual, que se identifica com o direito à propriedade, no momento em que o indivíduo se instala em uma habitação.

O poder de polícia, nesse ponto, surge não só como um instrumento para a implementação do direito urbanístico e a adequação dos espaços urbanos à legislação, mas também para que a força estatal alcance a função reconhecida por Luhmann de simbolizar a necessidade de alteração das expectativas equivocadas daqueles que insistem em ignorar as normas urbanísticas.

Transpondo esses conceitos teóricos para a realidade do Distrito Federal, verifica-se que a legislação distrital prevê a utilização do atributo da autoexecutoriedade quando o tema é a adequação dos espaços urbanos à legislação, inclusive permite a demolição de edificações já concluídas e habitadas.

Na análise do art. 178 da Lei distrital n. 2.105/98, constata-se que as desocupações decorrentes desse dispositivo se fazem por meio de dois procedimentos análogos aos verificados na legislação espanhola: a *coacción directa,* em que o poder público promove, sem o oferecimento do contraditório, desocupações de maneira imediata, em situação análoga à promovida pelo direito civil para autorizar a defesa da posse pelo particular turbado ou

esbulhado, e a *recuperación de oficio,* na situação em que a Administração deixa de agir imediatamente para defender o bem público ou naquela em que o poder público busca coibir uma ocupação irregular em imóvel privado. No primeiro procedimento, o contraditório é exercido após a implementação do ato e eventual equívoco do poder público é resolvido em perdas e danos. No segundo, o procedimento contraditório é instaurado por iniciativa do particular, a partir do recebimento da intimação demolitória.

Em ambos os casos é legítima a demonstração da força estatal como instrumento de estabilização de expectativas normativas e em razão da necessidade de se implementar as regras urbanísticas em prol da adequação do espaço urbano para o próprio cidadão atingido como para todos os demais habitantes.

Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária em áreas urbanas ocupadas.** In: 7º ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR, 1997, Recife. Anais do 7º Encontro Nacional da ANPUR - Novos desafios territoriais, novos sujeitos sociais: desafios do Planejamento. 1997. v. 1.

ALFONSIN, Betânia de Moraes e FERNANDES, Edésio – Coordenadores. **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano.** Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros.** Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 195-217, jan./dez. 2011.

BENACHES, Mercedes Lafuente. **La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública – fundamento constitucional y régimen jurídico.** Tecnos, Madrid, 1991.

ENTERRÍA, García de, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Derecho Administrativo II,** duodécima edición, Thomson Reuters, 2011.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.

Gonçalves, G. L., & Bachur, J. P. (2013). **O Direito na Sociologia de Niklas Luhmann.** In: F. G. Silva, & J. R. Rodriguez, SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). Manual de sociologia (pp. 111-131). São Paulo: Saraiva.

LANCINA, Ricardo Mongay. **Prerrogativas de lãs Entidades Locales para la protección y defensa jurídica de su patrimonio.** El Consultor de Los Ayuntamentos (La Ley). Madrid, 2010.

LUHMANN, Niklas. (2005, 2ª ed.). **Direito como Generalização Congruente**. In: O. C. Falcão, Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. (pp. 129-137). São Paulo : Pioneira Thomson Learning.

LUHMANN, Niklas. (1983). **Sociologia do Direito 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

MAZZONI, P. (1975). **La Proprietà Procedimento: Pianificazione del Territorio e Disciplina della Proprietà.** Milão: Giuffrè.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 22ª Edição, 2007.

MESQUITA, Daniel Augusto. **Direito Administrativo – Série Advocacia Pública**. Ed. Método, São Paulo, 2011.

MORO, Nemesio Rodriguez Moro. **La ejecutividad del acto administrativo**. Instituto de Estudios de Administración Local. Marid, 1949.

MORÓN, Miguel Sanchéz. **La participacion del ciudadano en la administracion publica.** Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.

NEVES, A. Castanheira. **Teoria do Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, pp.127/224 (O Funcionalismo).

OSÓRIO, Letícia Marques. **Direito à Cidade como Direito Humano Coletivo**. In: Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais. Coord: Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 193-214.

PEQUEÑO, Humberto Gosálbez. **La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales**. Marcial Pons, Madrid, 2010.

SOUTO, Carlos Alberto Amoedo Souto. **Poder policial y derecho administrativo**. Universidade da Coruña, servicio de publicacións. La Coruña, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª edição. Malheiros, São Paulo, 2010.

A NECESSIDADE DE PROBLEMATIZAÇÃO DO DIREITO À LUZ DE UM CONSEQUENCIALISMO LÓGICO-JURÍDICO: UMA FORMA DE SINDICABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Francisco Valle Brum[52]

RESUMO: O presente artigo analisa o atual estado da arte das fundamentações e justificações das decisões judiciais. Aborda a problematização do Direito à luz de um argumento consequencialista do tipo lógico-jurídico. Indica que, principalmente nos casos difíceis, a responsabilidade justificatória das decisões demanda uma sofisticada análise do caso posto à apreciação do juiz, não bastando dar a solução ao problema como se a justificação fosse tão somente autoridade do exercício do poder colocada no papel. Conclui que vivemos no Brasil um *deficit* de fundamentação e que há um campo fértil de critérios de solução dos casos complexos, sendo que as consequências advindas da universalização da decisão judicial serão argumentos válidos – argumentos jurídicos –, passíveis de inclusão na justificação do decisor.

Palavras-Chave: Consequencialismo lógico-jurídico. Teoria da decisão judicial. Argumentação jurídica. Discricionariedade Judicial.

ABSTRACT: This article analyzes the current state of the art foundations and justifications of judgments. Addresses the problematic of law in light of a consequentialist argument of the logical-legal status. Indicates that, especially in difficult cases, the justificatory responsibility for decisions demand a sophisticated analysis of the case put to the judge's discretion by simply not provide the solution to the problem as if justification were only authority as the exercise of power to paper. Concludes that there is in Brazil a deficit of reasoning and that there is a fertile field criteria for solving complex cases, and the resulting consequences of universal judicial decision will be valid arguments - legal arguments - be includable in the justification of the decision maker.

---

52 Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito do Estado. Advogado da União.

Keywords: Consequentialism logical-legal. Theory of judicial decision. Legal argument. Judicial discretion.

INTRODUÇÃO

As pessoas em geral são responsáveis pelas consequências previstas e imprevisíveis e pelos resultados de seus atos, e os juízes não são uma exceção a esse respeito. Assim Neil MacCormick inicia um dos subtítulos[53] de seu livro. Essa frase representa o objetivo principal do presente trabalho, pesquisar acerca do auxílio que a teoria consequencialista de matriz maccromickiana pode contribuir para a tarefa de sindicabilidade das decisões judiciais.

As questões que envolvem essa temática de controle da tarefa jurisdicional passam inevitavelmente pela teoria da argumentação[54] , *locus* ideal para o debate do raciocínio prático[55] e da justificação das escolhas do decisor. A pretensão de objetivar a tarefa de julgar, buscando a "verdade" e por vezes uma resposta correta, traz, ao mesmo tempo, simpatizantes fervorosos e críticos no mesmo estado psicológico de intransigibilidade. Acontece que, apesar de visões pragmáticas e realistas da atividade judicial, não se concebe esta atividade como uma questão discricionária e de um *vale-tudo* decisionista, nos moldes do positivismo do oitavo capítulo da obra *pura* kelseniana, bem como da posição *moderada* de Hart.

---

53 MACCORMICK, Neil, Retórica e o Estado de Direito. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 149.

54 Nada obstante, veremos que a posição de MacCormick se distancia da teoria clássica da argumentação de Alexy por não tratar da existência de um método a ser seguido pelo juiz. Por isso, pensamos que a teoria maccormickiana se aproxima em certa medida da teoria do Direito de Dworkin, ao trazer critérios para controlar o processo de justificação da decisão judicial, em detrimento de uma forma hermética a ser seguida pelo decisor defendida por Alexy (registre aqui que não se desconhece as críticas feitas pelo jusfilósofo escocês a Dworkin, sobretudo no início da década de 70 quando MacCormick ainda se aproximava do positivismo de Hart).

55 Apesar do grande contributo da teoria habermasiana (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997) de um agir comunicativo em busca de um consenso pelo medium da linguagem, entende-se que, no limite, sempre haverá a prevalência do raciocínio prático do decisor no próprio discurso de aplicação em detrimento do consenso extraído do discurso de fundamentação. Daí por que o motivo de se estudar critérios de correção da decisão judicial a fim de se reduzir a carga discricionária da (ainda) não superada relação sujeito-objeto tanto da metafísica clássica quanto da moderna, de matriz kantiana. Sobre o ponto, vejamos a afirmação de Rafael Queiroz: O combate à posição irracionalista em matéria moral e jurídica, desenhado por MacCormick ao longo de todo o livro [Maccormick, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria Do Direito. Trad. Waldéa Bastos. São Paulo: Martins Fontes, 2006], está fundado em uma teoria da ação que dá valor à racionalidade nos assuntos morais e assume que as pessoas devem esforçar-se para serem racionais não só quando resolvem equações matemáticas ou fazem pesquisas científicas, mas também quando são chamadas a deliberar sobre problemas práticos relevantes – "qual é a melhor ação que devo tomar neste caso?". (QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Uma Teoria do Raciocínio para a Teoria do Direito. Revista Direito GV 6, JUL-DEZ 2007, pp. 331-338.)

Nessa medida, o presente artigo visa responder à seguinte indagação: em que medida o argumento consequencialista lógico-jurídico contribui para a atividade de controle da discricionariedade judicial, inclusive impedindo o esvaziamento de recursos do orçamento público?

Como hipótese, temos que, nos ditos casos difíceis - onde não existe uma resposta pronta, demandando do intérprete um sofisticado trabalho de justificação de sua decisão – a falta de um argumento consequencialista faz incompleta a atividade de julgar, sobretudo em casos que envolvem valores cujo montante representa mais do que o orçamento de muitos Ministérios do nosso país. Utilizar-se-á aqui, como objeto de teste, um caso emblemático de intervenção do Estado no domínio econômico que se deu da década de 60 e que se prolongou no tempo e que não há comprovação de prejuízo financeiro concreto ao respectivo setor econômico (dados incompletos, falta de provas, perícia genérica etc.). Portanto, estamos frente a um *hard case* que exige outro nível de problematização que não apenas a justificação dedutiva, mas sim a análise consequencialista do tipo lógico-jurídico, para não convertemos questões sensíveis ao país em decisionismo[56] estatal no campo jurídico.

2 O CONSEQUENCIALISMO LÓGICO-JURÍDICO NÃO ESTÁ SOZINHO. MAS É PRECISO NÃO CONFUNDI-LO

Talvez não haja um termo tão passível de confusões do que o *consequencialismo*. Muitas doutrinas existentes na filosofia, dentre elas a jurídica, adotam esse termo para se referir a uma visão para o futuro. Contudo, há diferenças substanciais entre as teorias que adotam essa terminologia. Para citar algumas, fiquemos com o utilitarismo *puro*, a análise econômica do Direito e o pragmatismo. Não é intenção deste artigo discorrer acerca de todas essas teorias, até porque isso demandaria verdadeiras dissertações apenas para tratar de cada uma delas[57]. Nessa perspectiva, devemos pelo menos fazer uma rápida distinção entre os consequencialismos citados e o objeto principal deste estudo, o consequencialismo jurídico.

---

56 Sinônimo de arbítrio, uma vez que este adjetivo foi utilizado modernamente para se referir à conhecida posição de Carl Schimitt, onde o fundamento último do Direito é uma decisão política do soberano. Nesse sentido, ver MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt, in Teoria Política do Instituto de Estudos Avançados da USP, 1993.

57 Não se desconhece os riscos do reducionismo, mas os modestos limites deste trabalho assim exigem.

Antes, contudo, importante advertência deve ser feita: sabe-se que as teorias consequencialista, utilitarista, positivista, pragmatista etc. mudam conforme mudam as percepções do autor sobre alguma questão justificatória e de correção para uma conduta. Por isso, novamente se alerta para o fato de que este trabalho busca uma diferenciação do que parece ser o mais comum e que encontra algum consenso teórico, sempre se alertando para a pobreza de se rotular alguma coisa[58].

De efeito, tem-se a doutrina utilitarista *pura*[59] como uma doutrina efetivamente consequencialista. Nela, busca-se uma maximização da felicidade. Não se está preocupada com o passado, mas sim de que forma podemos aumentar nosso prazer. Nessa assentada, Carlos Santiago Nino[60] registra que

> Ao contrário do tomismo, o utilitarismo não é uma teoria que tenha sido elaborada por um grande mestre e articulada, explicada e aplicada a nova circunstâncias por gerações de respeitáveis discípulos. Embora o utilitarismo tenha seus grandes fundadores, principalmente Jeremy Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789)* e John Stuart Mill, *(Utilitarianism, 1863)*, que discordam entre si em certos pontos centrais, os filósofos que os seguiram em defesa dessa concepção moral manifestaram tantas divergências com o pensamento desses fundadores e estão tão em desacordo entre si em relação a questões básicas, que se torna difícil demais fornecer uma caracterização geral do utilitarismo que seja compatível com todas essas variações (inevitavelmente ficam de fora dessa caracterização algumas concepções que seus defensores gostam de denominar "utilitaristas"). Existe acordo, sim, em que o utilitarismo, em todas as modalidades dignas desse nome, é uma doutrina *consequencialista*. Isso quer dizer que, segundo essa concepção, as ações não têm valor moral em si mesmas, mas em relação à bondade ou à maldade de suas conseqüências.

Agora, sem se preocupar em aprofundamentos teóricos, é bom que se diga que existem algumas classificações dentro do utilitarismo. Uma divisão importante é a que ocorre entre o "utilitarismo dos atos" e o "utilitarismo de

---

58 POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35.

59 Entenda-se aqui a doutrina utilitarista pura ou clássica como a doutrina iniciada por Jeremy Bentham. Nas palavras de Ian Shapiro O utilitarismo clássico é, portanto, uma doutrina consequencialista. Mesmo que uma decisão política provoque um sério prejuízo para alguns, até mesmo a morte, não há razão para se opor a ela se o resultado liquido for a maximização da utilidade total. É por isso que se podem estabelecer ligações entre o utilitarismo e a eugenia, e é esse o motivo pelo qual se encontra grandes dificuldades em lidar com a questão dos portadores de deficiência (SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 34).

60 NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 460-461.

regras"[61]. Tradicionalmente, a versão do utilitarismo é aquela em que o princípio de utilidade é aplicável de forma direta a cada ato individual, de modo que em cada caso, para estabelecer se uma ação é ou não correta do ponto de vista moral, deve ser determinado se todos os seus efeitos aumentam mais do que diminuem o bem-estar geral[62]. Por outro lado, o utilitarismo de regras afirma que os atos individuais não são julgados como moralmente corretos ou incorretos por aplicação do princípio da utilidade, *mas de acordo com certas regras morais (…), como as que proíbem matar, violar as promessas etc., e são tais regaras, e não atos concretos que são avaliadas e confrontadas com princípio de utilidade*[63]-[64].

Sobre o princípio da utilidade, Bentham[65] o conceitua da seguinte maneira:

> Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto não vale somente para qualquer ação de um individuo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo.

Por sua vez, o consequencialismo atribuído à escola da análise econômica do Direito busca a maximização da eficiência. A chave para as decisões judiciais que adotam essa concepção teórica é encontrada em um princípio "econômico" de que é preciso agir sempre de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade[66]. A mais importante das hipóteses geradas por uma metodologia deste tipo afirma que *el derecho es eficiente o, de modo más particular, que los jueces, al definir o*

---

61 Aqui, poderíamos ainda fazer outras divisões, como, por exemplo, utilitarismo positivo e negativo, clássico e da media etc...

62 NINO, op. cit., p. 465.

63 Idem, ibidem.

64 Dworkin, em rápida citação ao utilitarismo de regras em seu Levando os Direitos a Sério, argumenta que Existem, contudo, teorias políticas que unem os direitos e as metas não de maneira usual, mas fazendo com que a forca de um direito dependa de seu poder, como direito, de promover alguma meta coletiva. Penso em diversas formas da teoria ética chamada de utilitarismo de regras. Uma modalidade conhecida dessa teoria, por exemplo, sustenta que um ato é correto se a aceitação geral de uma regra que exige esse ato puder melhorar o bem-estar médio dos membros da comunidade. Uma teoria política poderia estipular o direito à liberdade de expressão, por exemplo, com base na hipótese de que a aceitação geral desse direito pelos tribunais e por outras instituições políticas viesse a promover, no longo prazo, a mais alta utilidade média da comunidade. (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF, 2010, p. 149).

65 BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1989, p. 4.

66 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 333.

perfilar derechos, han tendido a crear reglas que maximizan la satisfacción total de preferências[67]. Como um dos representantes de um pragmatismo jurídico-filosófico moderno, e que também se debruçou sobre a questão da análise econômica do Direito, Posner[68] registra que

> O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito (...) é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam escolhas (...). Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (...), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que "racional" denota adequação entre meios e fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita[69].

Em trabalho monográfico sobre o tema, Luiz Riefel, citando Posner, enfatiza que[70]

> No pensamento do autor central deste tipo de perspectiva, Richard A. Posner, a eficiência pode auxiliar o direito de maneira a torná-lo mais objetivo, constituindo a principal maneira de avaliação das relações jurídicas. Isso porque a eficiência tem, em tese, a capacidade de possibilitar a criação de uma medida para todas as coisas, constituindo um verdadeiro critério de comensurabilidade. Exatamente a essas questões dedica-se o presente trabalho. O que se tentará analisar é como o direito é visto pela abordagem conseqüencialista do que é hoje considerada a mais influente escola americana de teorização jurídica: a Análise Econômica do Direito ou, na simplificação inglesa, *law and economics*. O conseqüencialismo, para fins do presente estudo, é entendido como uma teoria em que uma ação é considerada correta se ela produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Nesse aspecto, "o bem é definido independentemente do correto e, então, o correto é definido como aquilo que maximiza o bem". Essa perspectiva é também compartilhada por Bernard Williams ao esclarecer que no caso central do conseqüencialismo "uma ação correta é absolutamente uma noção maximizadora". Essa idéia de conseqüencialismo expõe

---

67 FISS, Owen. El derecho como razón pública. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 252.

68 Op. cit., pp. 473-474.

69 Para uma crítica dessa escolha econômica, vide DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005, parte quatro.

70 RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner. Dissertação de mestrado disponível em http://hdl.handle.net/10183/8053, acesso em 08.09.2013, p. 2.

> o elemento central deste tipo de teoria: a produção de resultados mensuráveis que possam ser avaliados de acordo com um critério específico.

Tratando do debate feito entre Posner e Dworkin, o mesmo autor reflete que

> [...] a relevância da eficiência para Posner reside no que este autor denomina de busca pela objetividade no direito. Assim, ao contrário de procurar no direito um raciocínio propriamente jurídico, o mérito da eficiência está na possibilidade de ela constituir uma espécie de regra de caráter ético dotada da possibilidade de ser empregada na fundamentação de obrigações de natureza jurídica. Contudo, Posner adverte que para a sua percepção sobre a eficiência possibilitar uma maior imparcialidade, certeza e objetividade ao direito, será necessário ao jurista ir além do direito concebido meramente como disciplina autônoma, em um projeto denominado de "superação do direito", o qual será analisado adiante neste trabalho[71].

Por sua vez, o pragmatista[72] sempre irá valorar os resultados e optar pela estabilidade e continuidade do Direito ou pelo acolhimento de novas demandas quando legítimas. Nessa linha, para o pragmatista (apesar de não ser algo muito bem entendido por todos) o passado possui, sim, importância dentro do contexto, mas "*o futuro não deve ser escravo do passado*"[73]. Na sua tese de doutorado, Rodrigo Kaufmann afirma que

> A segunda característica do pragmatismo é seu olhar para o futuro, a necessidade de avaliar as consequências das teorias ou dos comportamentos para decidir acerca de uma corrente filosófica ou outra. O pragmatista foca sua preocupação, portanto, para frente, para o futuro e dá valor apenas relativo ao passado. As "primeiras coisas" (conceitos *a priori* e teorias metafísicas) ou tentativas de explicar o mundo são sumariamente descartadas, fazendo com que se voltem os olhos para o exame dos resultados e das consequências. Disso resulta uma conclusão importante: conceitos típicos da herança kantiana deixam de fazer parte de um mundo paralelo e passam a ter significado somente como componentes de uma realidade que ainda está em formação. Em outras palavras, conceitos como o de "verdade" ou de "justiça" passam a ser prospectivos e práticos e apenas fazem sentido aliados à

---

71 Idem, p. 13.

72 Sobre a ligação entre o pragmatismo e o utilitarismo, ver KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo. São Paulo: Almedina, 2011, p. 97.

73 Kaufmann, Rodrigo de Oliveira. Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo. Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação da UnB, 2010, p. 71.

> noção de utilidade e eficiência. Ao alterar o ângulo de análise e estudar o fenômeno a partir do seu futuro, o pragmatismo reduz a relevância das construções teóricas e enaltece a experiência da qual partirá o exame do futuro e das consequências de aplicação de um posicionamento[74].

Há quem diga que o pragmatismo adota uma visão cética com relação às decisões políticas do passado, negando que elas possam oferecer qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado[75]. O pragmatista encontraria a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de uma decisão atual[76].

Ademais, para os pragmatistas não há como se descobrir a verdade em uma proposição, uma vez que inexiste independência do observador em relação ao objeto a ser interpretado. Posner enfatiza que

> Seu significado essencial (da verdade), aliás, é a independência do observador, que vem exatamente a ser aquilo que o pragmatista tende a negar. Não surpreende, portanto, que as estocadas dos pragmatistas na definição da verdade – verdade é o que se destina a ser alvo de crença em longo prazo (Peirce), verdade é o que é bom de acreditar (James), ou verdade é o que sobrevive na competição entre idéias (Holmes) – sejam marcadas pelo paradoxo. O verdadeiro interesse do pragmatista não está de modo algum na verdade, mas na crença justificada pela necessidade social.

Em crítica acerca dessa visão da teoria jurídica, Dworkin[77] registra que

> Uma descrição mais fácil e geral do pragmatismo consiste em apresentá-lo como uma teoria da decisão judicial: seus postulados sustentam que, para decidir os casos que se lhe apresentam, os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais. Qualquer versão mais precisa de pragmatismo deve

74 Idem, ibidem.

75 DWORKIN, op, cit., 2007, p. 185.

76 Idem, ibidem.

77 DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 32-33.

> especificar uma concepção particular de consequencialismo: no modo de decidir quais seriam as melhores conseqüências de uma decisão. Ela pode ser uma concepção do utilitarismo dos atos, que sustenta que cada decisão política individual deve pretender maximizar a expectativa de bem-estar médio de uma população específica no contexto de alguma concepção específica de bem-estar: por exemplo, a felicidade ou a satisfação dos desejos. Ou pode ser uma concepção desvinculada do bem-estar, que defina as melhores consequências em termos de eficiência econômica ou maximização da riqueza, por exemplo.[78]-[79]

Pois bem. Agora chegamos ao ponto central do objeto deste artigo: o consequencialismo lógico-jurídico[80]. Podemos atribuir o início dessa teoria filosófico-jurídica a Neil MacCormick.

Neil MacCormick foi catedrático da Universidade de Edimburgo e pode ser considerado um filósofo jurídico ocupado da pesquisa da teoria da argumentação. O autor foi projetado internacionalmente pelo seu livro, datado de 1978, intitulado *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, onde registrou que

> Minha exposição desses elementos não dedutivos da argumentação jurídica revela como eles são empolgantes, difíceis e extremamente sutis. Pode-se ver facilmente por que tantos foram levados a exaltar um ou outro desses elementos especiais, tornando-os a pedra angular de explicações totalmente não dedutivas e antidedutivas da natureza do direito e da argumentação jurídica. Essa é, porém, uma atração fatal, que serve de isca para a armadilha do erro. Um sistema de direito positivo, em especial, o direito de um Estado moderno, engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas[81].

---

78 Por outro lado, Rodrigo Kaufmann faz uma pequena crítica à crítica de Dworkin, ao afirmar que Isso não quer dizer, obviamente, que o pragmatista tenha algo contra o passado ou, aplicado ao campo do Direito, que haja algum tipo de incompatibilidade entre o pragmatismo e a cultura da tradição e do respeito ao precedente, na linha da crítica açodada feita por RONALD DWORKIN. O ponto já foi exaustivamente tratado por RICHARD POSNER ao fixar que, certamente, "uma decisão que desestabiliza o direito ao se afastar abruptamente de precedentes pode ter resultados ruins." (Op. cit., 71).

79 Ademais, em outra crítica à interpretação do pragmatismo feita por Dworkin, Kaufmann registra que Ninguém representou melhor a oposição à tese pragmatista que Ronald Dworkin – e, na realidade, ninguém entendeu menos também o pragmatismo e sua orientação. Citando Margaret Radin, continua o autor: Margaret Radin, por exemplo, não concorda com a visão "confusa e irresponsável" de Dworkin acerca do pragmatismo, afirmando que sua crítica adiciona apenas um pouco mais que "desvirtuamento à palavra pragmatismo para significar um instrumentalismo estúpido". (Op. cit., 2011, p.131).

80 Consigne-se que, apesar de se adiantar neste momento acerca desse tipo de consequencialismo, no último capítulo deste artigo, até para dar um fechamento lógico ao argumento, uma palavra a mais ainda será dita acerca da teoria maccormickiana.

81 MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. X.

O consequencialismo jurídico maccormickiano é uma clara aposta na sindicabilidade de decisões judiciais. Parecendo adotar a distinção entre casos fáceis e casos difíceis de matriz hartiana[82] e dworkiniana[83], MacCormick registra que pode haver casos em que a mera aplicação silogística da norma teria a solução para uma determinada controvérsia[84]. Agora, nos casos em que não se pode aplicar a norma por simples dedução/subsunção o nível de problematização deve ser outro. Por isso, sugere que a justificativa da decisão seja consequencialista do tipo lógico[85]-jurídico[86]-[87], é dizer: há de se ter em vista as proposições universais[88] do Direito e não apenas as consequências para as partes da decisão em particular[89]. Seria mais ou menos propor aos tribunais que, no momento de decidir, façam uma avaliação por meio de referência a uma série de critérios de valor, aí incluídos a "justiça" e "senso comum" bem como o "proveito público" e a "conveniência", mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto,

82 Naquilo que Hart tratou como "zona de penumbra" da norma (HART, H.L.A. O Conceito de Direito. Trad. Antonio de Oliveira Sette. São Paulo: Martins Fontes, 2009).

83 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF, 2010, p. 8 e Cap. 4.

84 Os que negam que a lógica dedutiva seja importante para a justificação de decisões jurídicas devem portanto enfrentar o seguinte desafio: precisam demonstrar por que, em sua análise dos fatos, existem semelhantes dispositivos legais aos quais está vinculada uma importância pratica tão considerável. É um fato que reforça a credibilidade desta tese, que sua existência e importância é compatível com ela. Se teses rivais não puderem demonstrar por que isso ocorre, elas perdem credibilidade na mesma medida. (MACCORMICK, Op. cit., 2006, p. 56)

85 O lógico advém do fato de que as consequências relevantes em face das quais a decisão deve ser justificada são as consequências lógicas vinculadas ao princípio da universalidade (justiça formal). Nesse sentido também Tathiane Piscitelli: Em poucas palavras, de acordo com MacCormick, as decisões judiciais introduzem um padrão normativo de conduta, que deve ser observado (do ponto de vista jurídico e não apenas moral) por todos os cidadãos e autoridades, por exigência do princípio da justiça formal. Por essa razão, a atividade de justificar decisões judiciais implica a apresentação de razões universais (ou universalizáveis) em favor da solução dada ao caso concreto, pois, uma vez proferida, a decisão se torna um "tipo de regra para todas as pessoas". Assim, todas as decisões teriam por consequência lógica sua universalidade e uma decisão justificada deveria apresentar as razões pelas quais tal universalização seria aceitável. (PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Argumentando pelas conseqüências no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2011/2012, p. 24-25)

86 Conforme MacCormick, essa denominação decorreu de sua aceitação das críticas feitas por Bernard Rudden (RUDDEN, Bernard. Consequences. Juridical review, v. 24, p. 193-201, 1979). Discorreu MacCormick que Bernard Rudden, em uma crítica competente e útil de Legal Reasoning and Legal Theory, sugeriu que deveríamos chamar essas consequências como implicações de "consequências jurídicas". O nome é bem escolhido pois, para declarar um direito em particular (jus dicere) é necessário, no papel de juiz imparcial, declarar que tal direito está disponível em todos os casos semelhantes. Assim, como uma pessoa prudente e cautelosa, qualquer juiz deve olhar, dentre o conjunto de situações possíveis, qual terá que ser coberta, do ponto de vista jurídico, pela sentença proposta. Tal consideração do conjunto de casos possíveis é necessária para uma avaliação adequada da aceitabilidade da decisão tomada no caso presente. (MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 142).

87 Na mesma obra, MacCormick busca demonstrar o qualificativo de jurídico ao seu consequencialismo: Em todos os casos, nós estamos lidando com problemas jurídicos, não com questões morais ou políticas em estado bruto. Portanto, a resposta terá sempre que ser capaz de restar formulada em termos jurídicos, por meio da interpretação de leis ou de precedentes, ou de princípios jurídicos desenvolvidos mediante reflexão sobre o Direito como uma ordem normativa praticamente coerente. Casos problemáticos possuem essa característica, todavia, exatamente porque existem a respeito deles interpretações opostas que são possíveis de ser adotadas, e a questão que surge consiste em saber quão racional é a escolha entres essas respostas juridicamente aceitáveis. (MACCORMICK, op. cit., 2008, p. 137).

88 O conceito de justiça formal de MacCormick consiste em tratar casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido. Aqui, MacCormick utiliza o pensamento de John Rawls ao distinguir entre concepções especificas de justiça e o conceito de justiça da obra Uma Teoria da Justiça. Mas esse não é um empreendimento simples, o qual requer uma justificação racional em termos universalizante para o caso concreto, como a doutrina maccormickiana procura demonstrar (Op. cit., 2006, p. 93).

89 idem, p. 148.

disponível para outros casos semelhantes[90]. Seria uma visão utilitarista da *norma* e não do *ato*[91].

Nesse ponto, afirma MacCormick[92] que

> O sentido de ressaltar a possibilidade dessa colisão está em que ela revela por que poderia ser enganoso considerar simplesmente utilitarista os argumentos consequencialistas no direito. A argumentação consequencialista de fato trata de estabelecer que uma deliberação preferida é a melhor em vista de todas as considerações. Contudo, essa conclusão quanto à "melhor" não é determinada por referência a uma única escala de avaliação (por exemplo do prazer – dor como no utilitarismo hedonista de um Bentham). Ela é uma sentença definitiva expressa como soma dos resultados cumulativos ou concorrentes da avaliação por meio de referência a uma série de critérios de valor, aí incluídos a "justiça" e "senso comum" bem como o "proveito público" e a "conveniência". Algumas versões do "utilitarismo ideal", ao contrario do "utilitarismo hedonista", permitem critérios mais complexos em vez de mais simples no que diz respeito ao que é "melhor", e com base nisso seria possível considerar que a justificação consequencialista no direito envolva uma forma de utilitarismo ideal. Mais uma vez, porém, é preciso ressaltar que, como o foco dessas justificações é voltado para as conseqüenciais de deliberações contrárias (na forma de proposições universais do direito), não nas conseqüências para as partes particulares da decisão em particular, o utilitarismo envolvido é o "utilitarismo da norma", não o "utilitarismo do ato". Portanto, como observei anteriormente, precisaríamos recorrer à terminologia ética, até certo ponto incômoda, do "utilitarismo da norma ideal", se quiséssemos chegar a empregar a idéia do utilitarismo neste contexto.

Sofisticando a sua teoria em outra obra, MacCormick esclarece suas categorias teóricas (coerência, consistência e consequência), sobretudo o consequencialismo jurídico decorrente da justificação de segunda ordem. Diz o autor que

> As decisões não são justificadas em termos de seus efeitos diretos e imediatos nas partes envolvidas apenas (e é por isso

---

90 A ideia de utilizar de alguns critérios para a justificação de decisões judiciais, como o próprio consequencialismo jurídico juntamente com o conceito de coerência (que se aproxima da integridade em Dworkin) e de coesão (posteriormente traduzido por consistência), é o que MacCormick chama de justificação de segunda ordem (Op. cit., 2006, pp. 129 e 131)

91 Até mesmo John Finnis, um conhecido crítico das doutrinas consequencialista defende que o que eu descrevo como irracional é o consequencialismo como um método geral na ética (isto é, um raciocínio prático em aberto), e não o que Neil MacCormick, em Legal Reasoning and Legal Theory (Oxford: 1978), pp. 105-6 e cap. VI, chama de raciocínio "consequencialista" dos juízes (...). Como MacCormick observa (ib., p. 105), 'não há qualquer razão para se assumir que [essa modalidade de argumento] envolve avaliação em termos de uma única escala...'. De fato, a avaliação será com referência aos compromissos estabelecidos de uma sociedade. (FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 134).

92 Op. cit., 2006, pp. 147-148.

> que os casos difíceis produzem um mau Direito), mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (satisfazendo-se assim a exigência de que os casos iguais sejam tratados de forma igual). Moralistas das escolas de Hooker ou Hare afirmam de forma semelhante que devemos fazer avaliações morais através do prisma da reflexão sobre possíveis regras de conduta que pudessem cobrir – e resolver – o dilema moral que confronta o tomador de decisão. A questão consiste em saber se qualquer pessoa irá de fato agir com base na regra contemplada, quer seja ela uma regra de permissão ou de obrigação. Trata-se de saber se alguém poderia concordar sinceramente com essa regra se ela fosse uma regra observada por todos – ou, na versão de Hare, de saber se alguém poderia prescrevê-la em termos universais (e seguir essa prescrição por si mesmo, ainda que ninguém mais o fizesse)[93].

Com efeito, a aposta é de que não se pode argumentar nos casos difíceis apenas com a aplicação dedutiva ou subsuntiva. O julgador tem a responsabilidade de argumentar/fundamentar suas decisões de forma consequencialista (do tipo *jurídico*, frise-se novamente), fazendo um juízo, primeiro, acerca do impacto de seu julgado de forma global (mas sempre em termos jurídicos) e, em segundo lugar, hipotético (e não probabilístico[94]). É dizer: ter uma visão universalizante, no sentido de que as pessoas ao menos

---

93 MACCORMICK, op. cit., 2008, pp. 137-138.

94 Manuel Atienza faz uma leitura sobre essa questão não probabilística. Disse Atienza que O que importa são, antes, as consequências no sentido de implicações lógicas. Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; em outras palavras, os argumentos consequencialistas são, em geral, hipotéticos, mas não probabilísticos. A esse tipo de consequências, MacCormick – seguindo uma sugestão de Rudden (cf. Ruden, 1979) – denomina consequências jurídicas. E as consequências jurídicas […] são avaliadas com relação a uma série de valores como a Justiça, o senso comum, o bem comum, a conveniência pública etc. Tais valores, por outro lado, são, pelo menos em parte, diferentes em cada ramo do Direito: por exemplo, no Direito Penal um valor básico é o da paz ou da ordem pública, ao passo que, no Direito Contatual, esse valor será a liberdade pessoal para perseguir determinados fins etc. (...)Isso significa que o conceito de consequência, utilizado por MacCormick, não coincide com o que se entende como tal na tradição utilitarista. Ou, dito de outra forma, se se quer continuar chamando de utilitarista a concepção de MacCormick, seria preciso dizer que se trata não apenas de um utilitarismo de regra como também de um utilitarismo ideal. Isto é, por um lado, de um utilitarismo que não leva em conta unicamente as consequências para as partes numa ocasião específica (consistiria nisso o utilitarismo do ato, que se chocaria com o princípio da universalizabilidade), mas também as consequências da norma em que se baseia a decisão; e, por outro lado, de um utilitarismo que não leva em consideração apenas o valor da utilidade (como ocorre com o utilitarismo hedonista de Bentham), mas também outros valores, como os indicados anteriormente. Dessa forma, a concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com os fins e a orientação segundo um critério de correção são as duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os fins corretos de acordo com o ramo do Direito de que se trate. (ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 134-135.)

possam perceber que direitos elas têm, para, assim, agir de acordo com o Direito tal como os tribunais o interpretam[95].

Nesse sentido, aponta Neil MacCormick[96]

> Que está em discussão é saber se a conduta que o Direito toleraria ou permitiria é aceitável quando ou se, a partir da permissão dada pelo Direito, as pessoas se engajarem nela. O teste consiste em saber se é aceitável que o Direito estigmatize como errados ou inválidos atos que os cidadãos podem ter pensado em praticar mesmo em face de uma decisão tal como a que está sendo considerada (...). Observar isso é alertar sobre a probabilidade de a avaliação jurídica operar sobre uma pluralidade de valores, e não sobre um único parâmetro tal como o já referido "prazer de preferências" ou a "utilidade" e isso é importante para começar.

Em outra passagem de sua obra, o autor justifica seu raciocínio no sentido de que

> […] em essência, o que eu chamo de Direito da argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo à luz da decisão que está sendo considerada. Pode também ocorrer que uma decisão ou uma linha de decisões possa ser considerada como tendo originado problemas experimentados pelos próprios juízes[97].

Por isso, adiante será analisado um tema emblemático e que é julgado no âmbito de diversas cortes pelo país, mas que, pelos próprios limites deste artigo, faremos a opção de analisar apenas o *leading case* do Supremo Tribunal Federal.

3 A POLÍTICA ESTATAL DE CONTROLE DE PRECOS. O "CASO SUCROALCOOLEIRO"

A política estatal de controle de preços aqui tratada é a referente ao setor sucroalcooleiro, uma vez que os reflexos das políticas econômicas, bem como ao combate à inflação são até hoje sentidas pelo poder público, o qual se vê na contingência de intermináveis batalhas judiciais em decorrência de

95 MacCormick, op. cit., 2008, p. 149.

96 Idem, pp. 149-150.

97 Idem, p. 145.

demandas setoriais de agentes econômicos que se reputaram prejudicados com a intervenção do Estado no domínio econômico[98].

Não se pretende trazer todos os argumentos para os contornos neste trabalho, sobretudo diante do fato que o objetivo é apenas trazer um objeto de teste da teoria consequencialista aqui apresentada. Portanto, basicamente os argumentos destes processos cingem-se a sustentar que o Poder Público descumpriu os comandos da Lei n.º 4.870/1965, o que traria o direito à indenização por prejuízos decorrentes da fixação dos preços do setor sucroalcooleiro em valores abaixo dos custos de produção, considerando os valores constantes de levantamento efetuado pela Fundação Getúlio Vargas. Ainda, que apesar de ter havido intensa intervenção estatal na agroindústria do açúcar e do álcool entre os anos de 30 e 90 também no sentido de proteção ao setor, a União teria atuado de modo arbitrário ao desconsiderar os custos de produção apurados pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Noutro norte, sustenta a União, basicamente: a) a inexistência de direito adquirido aos valores apurados pela FGV; b) que a apuração realizada pela FGV tinha caráter meramente opinativo para subsidiar as decisões discricionárias do administrador na condução das políticas de controle de preços praticadas junto ao setor sucroalcooleiro; e c) os artigos 9º e 10 da Lei n. 4.870/65 não impõem a necessária vinculação entre os custos de produção e a fixação dos preços da cana de açúcar ou de seus derivados.

Por fim, argumenta a União que a apuração do dano efetivo somente poderia ser feita por meio de exame e coleta dos regulares elementos contábeis que proporcionem uma visão de: i) quantidades vendidas (cana, açúcar e álcool); ii) preços unitários de cada item; e iii) valores das vendas praticados da parte autora, tudo referente especificamente às suas vendas, e no período delimitado no pedido.

Portanto, já de pronto se percebe a complexidade da questão, mormente pelo fato de que a situação dessa intervenção deu-se há muito tempo, logo após o fim da 2ª Grande Guerra.

---

98 NEVES, Rogério Telles Correia das. A política estatal de controle de preços no setor sucroalcooleiro. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 14.

4 O DIREITO PODE SER SIMPLIFICADO? A (FALTA) DO ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA DO *LEADING CASE* NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O EMBRIÃO DE UM GRAVE PROBLEMA

Já de início se responde a pergunta deste capítulo: não. O Direito é complexo. Não podemos reduzi-lo a um *a priori* significativo ou deixar sua significação a cargo do subjetivismo do intérprete, arrastando-o ao positivismo jurídico[99] de cunho discricionário. Assim, embora não seja a intenção primordial deste artigo, é necessário discorrermos, ainda que sucintamente, acerca da teoria da argumentação jurídica, para, posteriormente, verificarmos como o Supremo Tribunal Federal, e de modo geral as demais cortes, tratou a questão do setor sucroalcooleiro (de modo dedutivo/subsuntivo[100], adiante-se).

A teoria da argumentação jurídica, nascida na segunda metade do século passado, com a pretensão de ser um processo de cunho objetivista[101], pressupõe um discurso racional (partindo da razão prática)[102]. Quem decide ou quem colabora para tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O *decidir juridicamente* é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação, por meio da argumentação[103]. O tema da justificação das decisões judiciais está ligado de forma direta à teoria da argumentação jurídica, já que os juízes justificam a escolha de uma das soluções rivais diante da apresentação de argumentos (razões) cujo objetivo é demonstrar que aquela decisão é a correta[104]. Tratando da teoria maccormickiana, refletindo o fato de

---

99 LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da Decisão Judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013, p.17.

100 Em ácida crítica à subsunção, Streck registra que esta é sinônimo de "juiz boca da lei" e que a discricionariedade é o modo que o próprio sistema encontrou para "preencher" as "insuficiências ôntico-semânticas" de que a subsunção não poderia dar conta. Ora, o que causa espanto – no contexto de tudo o que foi dito neste item – é que, ultrapassada a discricionariedade legislativa pelo advento ruptural do constitucionalismo analítico-compromissório (e, quiçá, dirigente), ainda se continue a falar em subsunção (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517)

101 Utilizamos o conceito de objetivação no sentido de reduzir o subjetivismo de um sujeito solipsista (discricionário), mas não estendemos essa noção a ponto de estarmos tratando de "objetivismos" da metafísica clássica, quando a interpretação era objetivamente controlada pelas regras, num sentido positivista exegético ou pandectista alemão. O que se pretende, na linha de Dworkin, é apostar na possibilidade de diminuir a vulnerabilidade dos tribunais e também pretender lidar com a indeterminação de seus critérios de julgamento por meio da escolha de parâmetros deontologicamente orientados (CIARLINI, Alvaro Luis de A.S. A hermenêutica constitucional à luz da racionalidade emancipatória. RIDB, Ano 2, nº 7, 2013, p. 20).

102 E esse discurso racional sempre envolve escolhas, faceta de um exercício de poder atribuído ao decisor. O exercício de poder, para Perelman, em direito, sempre supõe a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções. É normal que toda instância, que dispõe de certos poderes, exerça-os segundo seu melhor juízo, mas com a condição de não o exercer de uma forma desarrazoada, portanto inaceitável. Há limites que não devem ser ultrapassados; caso fossem, haveria abuso ou desvio de poderes, que o juiz tem de punir. (PERELMAN, Chaim. Ética e direito. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 566).

103 NUNES, Tatiana do Couto. CONSEQUENCIALISMO: reserva do possível e câmbio de conceitos jurídicos à luz da decisão judicial. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público, 2012, p. 33.

104 PISCITELLI, op. cit., p. 11.

que para ela a argumentação jurídica possui duas funções: a de persuadir e a de justificar tanto as postulações das partes quanto a decisão judicial proferida pelo decisor, Tathiane Piscitelli[105] afirma que

> MacCormick não nega que a persuasão exerça um papel importante na argumentação jurídica, mas ressalta que não se trata de dar “receitas de como fazer com que os piores argumentos pareçam as melhores razoes”. O ponto de MacCormick, que é um desenvolvimento da teoria de Perelman, é o de que a persuasão está vinculada com a existência de argumentos justificados e, assim, de boas razões para o direito ou dever que se postula existir. A existência de “boas razões” necessariamente implica razoes universais (ou universalizáveis) a partir das quais é possível justificar a decisão adotada.

Tratando de um comparativo entre a hermenêutica e a teoria da argumentação, Tatiana Nunes[106] aduz que

> Embora pareça ter havido um impasse inicial entre a hermenêutica e a teoria da argumentação, acredita-se que ambas possam coexistir, como bem pontua Arthur Kaufmann. A hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a. Assim como ocorre com a hermenêutica, o raciocínio meramente subsuntivo também não encontra abrigo na teoria da argumentação, que se afasta da teoria da interpretação de Savigny e entende que podem ser apontados muitos outros argumentos para fundamentar decisões jurídicas, tais como, à guisa de exemplo, a segurança jurídica, a ponderação das consequências, a praticabilidade e a homogeneidade do direito (Kaufmann, Arhur. *Ob. Cit.,* p. 153)

Registre-se que, apesar de MacCormick estar incluído no rótulo de um teórico da *argumentação* jurídica, pensamos que sua teoria contribui à sindicabilidade das decisões ao fornecer apenas *critérios* de justificação a facilitar uma discussão das partes sobre quando há ou não uma boa decisão e não um *método* de julgar (tão criticado pela hermenêutica filosófica[107]) no qual o decisor deve necessariamente seguir para se chegar à “verdade”. Portanto, entendemos que não se pode colocar no mesmo patamar a teoria da

105 Idem, p. 18.

106 Idem, ibidem.

107 Nessa perspectiva, vale insistir que a hermenêutica não se fundamenta em um método e seu trabalho pretende desviar-se das armadilhas cartesianas e do monismo linguístico que dominou o discurso científico dos Séculos XVIII e XIX. A intenção de todo o conhecimento, em verdade, não pode conduzir a uma pretensa objetividade, sendo que a reflexão ocorre na relação original que temos com o mundo (CIARLINI, op. cit., p. 23).

argumentação alexyana[108] e a maccormickiana, uma vez que em Alexy há uma abertura a decisionismos ao se colocar, v.g., pesos numéricos aos valores[109] (de forma subjetiva)[110], o que não acontece em MacCormick, o qual pretende, sem buscar uma "verdade" objetiva, propor a adoção de critérios (os quais até mesmo poderiam ser adotados em cada etapa da metodologia proposta, por exemplo, por Alexy; o que vai ao encontro da postulação acerca da diferença entre ambas). Inclusive, como referido em outro ponto, MacCormick não nega que a persuasão exerça um papel importante na argumentação jurídica, mas ressalta que não se trata de dar "receitas de como fazer com que os piores argumentos pareçam as melhores razões". O ponto de MacCormick, que é um desenvolvimento da teoria de Perelman, é o de que a persuasão está vinculada com a existência de argumentos justificados e, assim, de boas razões para o Direito ou dever que se postula existir[111]. Assim, tem-se que os critérios propostos, por exemplo, em MacCormick e Dworkin partem do Direito como interpretação. Assim a teoria da decisão judicial deve formar um controle epistemológico de como se deve interpretar/aplicar o direito. O controle que aqui se prega, na linha de Fernando Vieira Luiz[112], não vela à proibição de interpretar por motivos claros, uma vez que a interpretação não é uma técnica, um método a disposição do intérprete que o levará à verdade.

Assim, uma palavra a mais ainda deve ser dita acerca da análise consequencialista de um dos adeptos (ou não) da teoria da argumentação e cuja teoria é o pano de fundo para a análise do estado da arte da discricionariedade do nosso tribunais. MacCormick propõe a existência de duas

108 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, principalmente capítulo 3.

109 Lembre-se que em Alexy, não obstante haja uma diferença estrutural entre princípios e valores (o que depois é (re)afirmada como uma "coincidência estrutural"), à semelhança do que acontece entre os princípios, existe possibilidade de colisão e ponderação de valores (op. cit.). Aproximando ambos os conceitos no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, André Rufino do Vale propõe que Os princípios ou normas constitucionais [...] constituem a expressão normativa, ou deontológica, dos valores supremos. Possuem, nesse sentido, além de um conteúdo deontológico, um conteúdo axiológico vinculado aos valores supremos, de forma que sua interpretação e aplicação pressupõem uma atividade de cognição de seu conteúdo axiológico. Por isso, no processo de argumentação jurídica e de fundamentação das decisões, valores e princípios podem muitas vezes ser utilizados de forma indistinta. (VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de Direitos Fundamentais. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 158-159.

110 Sobre a ponderação, forma de resolução da colisão entre valores, vejamos a crítica de Lenio Streck: Penso, aqui, que o calcanhar de aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização "ponderativa" em favor da "subjetividade" (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kaufmann, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colocações assumidas pelas posturas que, de modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da "delegação" em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa "escolha" subjetiva. (Op. cit., 2012, p. 232).

111 PISCITELLI, op. cit., p. 11.

112 Op. cit., p. 127.

posições extremadas do consequencialismo a partir da justificativa de decisões judiciais. Em uma delas, a justificação de uma decisão somente poderia ser aquela cujas consequências, em termos de totalidade, ainda que remotas, trazem o maior benefício líquido. No outro extremo estaria a posição cujos únicos elementos a serem considerados na justificação da decisão judicial seriam a natureza e a qualidade das decisões[113].

MacCormick[114] rejeita ambas as posições, apostando em uma visão intermediária de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões:

> A primeira exclui a possibilidade de justificação racional de qualquer decisão, já que o futuro é incerto e as cadeias de conseqüências se estendem em direção ao infinito. Ela também é frequentemente compreendida como uma visão que trabalha com a existência de um único critério de valor[115] (o prazer, talvez, ou a satisfação de preferências) em termos do qual podemos fazer todos os nossos cálculos de custo e benefício (…) A segunda visão, a visão extrema oposta, ignora dois pontos cruciais. Ela ignora a extensão em que a natureza e a qualidade das decisões e atos são constituídas por aquele que decide. Além disso, e o que é ainda mais grave, ignora a extensão em que tanto a prudência quanto a responsabilidade em relação aos demais exige que nós prestemos séria atenção às consequências previsíveis de nossos atos e decisões, antes de efetivamente praticá-los ou tomá-las, tanto mais quanto maior for a importância do ato ou decisão em questão.

A análise jurídica (hipotética[116]) das consequências das decisões vem de muito tempo e parece sempre passar despercebida. Há grandes decisões constitucionais com essa perspectiva semelhante. No mais famoso caso de controle de constitucionalidade norte-americano (*Marbury vs. Madison*, de 1803) houve o lançamento das bases para esse tipo de controle judicial. MacCormick[117] registra a existência de referência explícita às consequências inaceitáveis que surgiriam de uma decisão diversa da prolatada:

113 MACCORMICK, op. cit., 2008, p. 136.

114 Idem, ibidem.

115 Aqui, o autor claramente está se referindo ao utilitarismo hedonista de matriz benthamiana.

116 O presente artigo, registre-se uma vez mais, ao tratar dos argumentos consequencialistas que revela a importância da justificação das decisões judiciais, não pretende afirmar que os juízes devem considerar o efeito que a decisão terá no comportamento das pessoas, uma vez que isso seria algo probabilístico e contingencial. O intento, e esse é o campo tratado pela teoria maccormickiana, é mostrar que a análise da conseqüência deverá ser hipotética, como referido em outra passagem deste trabalho. No mesmo sentido PISCITELLI, op. cit., p. 23.

117 Idem, p. 145.

> […] o Juiz Marshall apoiou sua decisão, no sentido de a Suprema Corte ter poder para recusar a implementação de atos inconstitucionais editados pelo Congresso, fazendo referencia explícita às consequências inaceitáveis que surgiriam de uma decisão diferente: *Aqueles … que negam o princípio de que a constituição deva ser considerada, pelo tribunal, como um Direito permanente, são forçados a sustentar que os tribunais deveriam fechar os olhos à constituição, e olhar apenas para as leis… Essa doutrina subverteria a própria fundação de todas as constituições escritas. Ela declararia que um ato inteiramente nulo, de acordo com os princípios e teorias de nosso governo, é, mesmo assim, na prática, completamente obrigatório.*

Nessa toada, percebe-se que os casos concretos podem ser problematizados, ainda que possam ser classificados como *casos simples/fáceis*. O que se está a dizer, em outras palavras, é que nos casos difíceis (por si só problematizados) ou mesmo naqueles aparentemente fáceis (mas que foram problematizados), a forma de argumentação deve se dar em um segundo nível (justificação externa), sob pena de deixar raso um discurso de fundamentação-aplicação[118] problemático.

Sobre o ponto, MacCormick[119] busca demonstrar que, mesmo em casos simples, o Direito pode (deve) ser problematizado:

> Definir se um caso é problematizado ou não é uma questão pragmática antes de mais nada. […] Pragmaticamente, portanto, a resposta à questão 'O que é um caso-problema' é simples: é um caso no qual surgiu um problema – e, alguém poderia dizer, esse problema não foi resolvido sumariamente pelo juiz ou juízes envolvidos. Diferenciemos, portanto, entre casos 'claros' e casos 'problemáticos' em bases pragmáticas. 'Claro' é bastante preferível a 'fácil', uma vez que muitas áreas do Direito são imensamente complexas – o Direito tributário, parte do Direito das Coisas, o Direito Securitário e assim por diante. Mesmo os casos nos quais nenhum problema jurídico é levantado podem ser formidavelmente complexos em suas concatenações entre fatos e normas envolvidas. É quase um insulto chamá-los de 'fáceis' com base apenas no fato de as imensas dificuldades que se apresentam para sua resolução não figurarem no rol dos problemas que são objeto de controvérsia atual entre teóricos do Direito. […] Casos em que ninguém levantou um problema jurídico porque, dadas as circunstâncias, não existia nenhum problema passível de ser levantado. Textos jurídicos de qualquer tipo possuem uma

118 Aqui não se adota a separação entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação de Günther (GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação. São Paulo: Forense, 2011).

119 Op. cit., 2008, p. 68-69.

> textura aberta e maior ou menor vagueza, mas isso não consiste em incerteza para qualquer uso. Considerações de justiça ou outras semelhantes podem às vezes sugerir novas interpretações ou desenvolvimentos para velhos princípios, fazendo-os caminhar em uma nova direção. Mas talvez às vezes nem a justiça nem qualquer outro valor possa prevalecer contra o sentido mais óbvio da lei ou dos precedentes e, portanto, não exista qualquer razão para problematizar o Direito. […] Aqui é suficiente dizer que casos 'claros' são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas. Provavelmente, há alguns casos que ninguém poderia problematizar com base em fundamento algum de modo útil a alguma das partes interessadas, mas o fato de ninguém ter problematizado um caso não justifica supor que ninguém poderia fazê-lo. A falta de utilidade para as partes na problematização do caso apenas demonstra que a clareza do caso continua sendo tratada como um conceito pragmático.

Com efeito, cabe agora analisar o *leading case* (ainda não finalizado) julgado pela Corte Suprema. Trata-se do RE 422.941-DF, relatado pelo Min. Carlos Veloso[120]. Ao fundamento básico de que a fixação dos preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor geraria empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio[121] da livre iniciativa, condenou a União a indenizar o autor da demanda diante do art. 37, § 6º, CF (responsabilidade objetiva).

Assim restou ementado o julgado:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o

120 Inteiro teor encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 09.12.13.

121 Temos no Brasil uma verdadeira reverência e deferência ao campo principiológico. Em efeito, é um perigo constante a utilização de qualquer tipo de valor ou aposta como um se fosse um princípio, a fim de dar uma roupagem jurídica (legítima) ao argumento. Estamos vivendo o momento do panprincipiologismo denunciado por Lenio Streck: "Positivaram os valores": assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação, em um segundo momento, de todo tipo de "princípio", como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica" (Op. cit., 2012, p. 518).

> estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido.

Importante, para justificar o argumento de que a aplicação silogística se torna imprópria para os casos difíceis[122]-[123], analisar trechos do voto até o momento vencedor, para verificarmos que estamos frente a um caso que reclama um argumento do tipo consequencialista jurídico, sobretudo porque o relator lançou mão de justificativas genéricas para não enfrentar a questão central: poderia o Poder Público ser condenado apenas pelo fato de intervir no domínio econômico?

> A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito *aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica* (CF, art. 170) (...). O *princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica*: CF, art. 1º, IV; art. 170. (...). [A] fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor [traz] *empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.*
> (...)
> *A intervenção estatal na economia encontra limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa*, e o dever de indenizar (responsabilidade objetiva do Estado) é decorrente da existência do dano atribuível à atuação do Estado.
> (...)
> É dizer, com base nessa discricionariedade inadmissível num Estado de Direito, é possível ao Estado, ao intervir no domínio econômico, *desrespeitar liberdades públicas e causar prejuízos aos particulares*, impunemente. (sem grifos no original)

Uma coisa precisa ficar clara: a perícia realizada nos casos do setor sucroalcooleiro não podiam demonstrar o dano gerado pelo impacto no setor, haja vista que as empresas não detinham documentos que pudessem

---

122 Refira-se que os casos afetos ao setor sucroalcooleiro se encaixam perfeitamente naquilo que se convencionou chamar de hard cases, porquanto, além de haver decisões discrepantes em diversos tribunais (como exemplo: AC 1999.34.00.000467-4/DF vs. AC 1999.34.00.025904-8/DF no TRF1; Voto-vista do Min. Herman Benjamin no REsp 771.787/DF vs. AgRg no REsp 1095285/DF e RE 598537 AgR/PE e AI 683098 AgR/DF no STF), a perícia se torna imprestável nesses casos (sendo apenas genérica) o que torna de impossível aferição o suposto dano causado.

123 Sobre a crítica à diferença que se tornou conhecida no mundo todo entre casos fáceis e difíceis de Dworkin, ver, por todos, STRECK, Lenio. Op. cit., cap. 10.

demonstrar o balanço contábil desde o momento em que se iniciou a intervenção. Portanto, os autores se utilizaram de perícia unilateral baseada apenas em conjecturas, tais como: que as empresas teriam vendido a mesma quantidade de produtos se o Estado não tivesse intervindo; que aumentando-se o preço da mercadoria, os custos de produção permaneceriam inalterados e, da mesma forma, os índices de inflação etc[124].

Os tribunais, de um modo geral, tratam dessa questão como um mero problema de fato, fazendo, portanto, mera aplicação deducionista da Lei 4.870/1965 (principalmente artigos 9º, 10 e 11), não levando em consideração os "problemas de interpretação" da legislação e da justiça formal. Separando os "problemas de pertinência" dos "problemas de interpretação", aduz MacCormick[125], tratando dos limites da justificação por dedução, que

> […] as normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente depois que a ambiguidade for resolvida. No entanto, resolver a ambiguidade de fato envolve escolher duas versões rivais da norma (...). Uma vez feita essa escolha, segue-se uma simples justificação por dedução de uma decisão específica. Contudo, uma completa justificação dessa decisão deve girar em torno de como for justificada a escolha entre as versões concorrentes da norma (...). Nosso problema consiste portanto em como uma escolha dessas é justificada, e esse problema, por motivos bastante óbvios, chamarei de "problema de interpretação".
>
> Por enquanto dissemos o suficiente para estabelecer um modo de expressar a forma geral desse tipo de problema que pode surgir no direito, problema cuja solução transcende inevitavelmente a argumentação dedutiva e que ultrapassa as fronteiras até mesmo do "problema de interpretação". De fato, o problema é saber se no direito é justificável afirmar, ou negar, alguma proposição do tipo *se p, então q*, para qualquer *p* que cubra os fatos do caso em foco e qualquer *q* que cubra a especifica reparação pretendida. Por motivos de conveniência, embora violando ligeiramente o linguajar técnico do direito

---

124 Como exemplo, vejamos trecho do acórdão proferido pelo TRF/1ª Região nos autos da AR 44573-27.2001.4.01.0000: O perito calculou o faturamento pelo preço que a empresa entende que deveria ter sido fixado e dele subtraiu o resultado obtido com o preço efetivamente praticado, na sentença considerando-se a diferença dano indenizável. Para chegar a essa conclusão, suprimiu premissas insustentáveis, como: a) a empresa realizaria o mesmo número de vendas se o preço tivesse sido fixado em patamar superior, mesmo que outras empresas, aceitando, continuassem a vender pelo preço fixado pelo Governo; b) aumentando-se o preço da mercadoria, os custos de produção permaneceriam inalterados e, da mesma forma, os índices de inflação; c) não há influência do preço de cada produto sobre a relação entre o consumo de álcool e o de derivados de petróleo, especialmente gasolina. Trata-se, a realizada nos autos, de uma prova genérica, hipotética, não de uma prova concreta, como se exige, de dano sofrido pela Autora. Não se demonstrou que a empresa tenha sofrido prejuízos, nem que tenha auferido lucros abaixo do razoável. Encontrado em www.trf1.jus.br. Acesso em 07.10.13.

125 Op. cit., 2006, p. 86 e p. 89

> escocês, doravante chamarei esse tipo de problema de "problema de pertinência".

Não se quer aqui tratar e debater acerca das provas produzidas nesses processos[126]. Não se sustenta aqui que a prova foi mal feita ou que o juiz não apreciou a conjunto probatório como deveria. Se fosse possível resolver o caso com base no conjunto das provas, este caso não entraria na categorização dos *hard cases*. Poderia, no máximo, ser um caso fácil que poderia ser problematizado. Porém, nesses processos não existe prova, existe uma tentativa de prova, o que é muito diferente. O decisor se deparou com um caso muito antigo onde a questão deve ser solucionada pelas normas existentes, todavia elas não são suficientes para resolução da controvérsia. Por isso a necessidade de problematização do caso. Assim, procura-se demonstrar que, mesmo com o fato de que não havia a possibilidade de fundamentação por mera justificação interna[127] (subsuntiva), o Supremo fez uso de conceitos vagos e indeterminados para fundamentar uma situação peculiar. O que se quer dizer é que temos, aqui, um verdadeiro *déficit de fundamentação* da decisão. As alegações das empresas sempre se dão por mera violação aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.870/65, sustentando que houve a venda de seus produtos com preços fixados pelo Poder Público em níveis inferiores ao levantamento dos custos apurados pela instituição responsável e, assim, decorre o dever do Estado de indenizá-las pelo prejuízo conforme preceitua o art. 37, § 6º, da CF/88[128].

Assim, imagine-se se em todos os casos em que o Poder Público intervém para regular a economia haja a condenação à indenização por "danos econômicos" apenas pela questão hipotética de que as empresas teriam obtido lucro maior sem a intervenção estatal[129]. Ou simplesmente que a *intervenção*

---

126 Nada obstante, admite-se que a dificuldade probatória também pode ser incluída nos casos difíceis passíveis de justificações de segunda ordem. Conforme o juiz da Suprema Corte da Argentina e estudioso da racionalidade das decisões judiciais, Ricardo Lorenzetti, [...] a maioria das situações é resolvida com base no raciocínio dedutivo de uma norma válida (requisito da validade) e aceita (norma de reconhecimento). Os casos difíceis são aqueles em que se detectam dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação) ou no fático (prova dos fatos) ou na dedução (qualificação). É dizer que a regra dedutiva, sendo geral, tem limites. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de direito. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 159)

127 Sobre a diferença entre justificação interna e externa, vide MACCORMICK, op. cit., capítulo V.

128 Veja-se, para tanto, os argumentos levantados nos autos do Recurso Especial 771.878/DF, encontrado em www.stj.jus.br. Acesso em 08.10.13.

129 Conceito inexistente na literatura jurídica, mas criado/inventado pelos tribunais para justificar e legitimar a condenação da União nos casos do setor sucroalcooleiro.

estatal na economia encontra limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa. Se somente no que se refere aos processos do setor sucroalcooleiro o impacto gerado ultrapassará a casa dos 100 bilhões de reais, a aplicação dedutiva deste tipo de caso implicaria a escassez de recursos públicos[130].

Aqui importante advertência deve ser feita. Em que pese o argumento de que a falta de problematização do Direito (ou seja: a mera aplicação da norma nos *hard cases* de forma subsuntiva) poderia trazer escassez de recursos públicos[131], o que se intenta demonstrar é como um “simples” *déficit* de fundamentação pode ter implicações gravíssimas em outro *sistema* (como o social).

De efeito, busca-se com isso atentar aos tribunais que nos casos desse jaez deve-se haver outro nível de problematização, ou melhor, problematizar o Direito para que haja um verdadeiro debate sobre as circunstâncias do caso (com a possibilidade de o jurisdicionado controlá-lo). No mesmo recurso extraordinário objeto de análise constata-se um argumento consequencialista latente[132], o qual deveria ter sido colocado efetivamente em debate e não apenas *a latere:*

---

130 Dados da Advocacia-Geral da União (ainda não divulgados). Em contrapartida, os valores previstos para o orçamento do Ministério do Desenvolvimento Social e da Saúde somados estão em R$ 82.775.281.765,12130. (Encontrado em www.mds.gov.br e www.saude.gov.br, item “transparência”. Acesso em 20.08.13).

131 Nesse ponto, é válido afirmar que não obstante concordemos com a necessidade de as justificações das decisões judicias se darem, preferencialmente, por princípios e não por políticas (já está difundida na cultura jurídica a diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política utilizados por Dworkin. Sobre o ponto as obras Levando os Direitos a Sério e Uma Questão de Princípio), o fato é que a argumentação em relação ao valor a ser dispendido pelo poder público será um argumento válido (jurídico e justificado por princípios) se se observar aquilo que denominamos de justificação coadjuvante dentro da justificação de segunda ordem (consequência jurídica da decisão). Melhor dizendo, dentro da consequência jurídica de matriz maccormickiana propomos uma nova divisão: a justificação protagonista ou primordial, que é aquela que faz a análise em nível hipotético das consequências das decisões (direito que os particulares têm de que a mesma decisão será dada se eles tiverem na mesma posição daquele litigante vencedor) e a justificação coadjuvante, que é aquela que somente pode ser utilizada juridicamente se vier acompanhada (ou melhor, se ela for a coadjuvante) de uma justificação protagonista. No caso em análise, a justificação coadjuvante será o grave problema econômico-financeiro aos cofres públicos. Argumento válido se se argumentar, em primeiro plano, a favor de uma consequência hipotética em termos particulares da decisão. O próprio Dworkin admite que o decisor possa considerar as consequências sociais de uma decisão. Do seu Uma questão de princípio, extrai-se a seguinte passagem: o argumento normativo que proponho não condena, em si, os juízes que consideram as consequências sociais de uma norma relativa a prova em confronto com outra...Não afirmo, certamente, que os juízes nunca levam em conta as consequências sociais ao fixar normas de convencimento ou outras regras processuais. Assim, não constitui um exemplo contrário à minha afirmação quando os juízes consideram o interesse do público ao decidir se uma organização de proteção a crianças ou um ramo da imprensa deve revelar informações que têm relação com a decisão à sua frente (DWORKIN, op., cit., pp. 112-113).

132 Aliás, percebe-se que em algumas ocasiões os tribunais buscam argumentar (ou justificam sem perceber que estão assim procedendo) com base nas consequências que possam surgir de seus julgados, mas não fazem isso de forma clara, acarretando prejuízo inclusive ao contraditório. Nesse sentido, Tathiane Piscitelli, ao tratar da justificação de uma decisão do STF em relação ao alto valor público envolvido, sendo que os Ministros suscitaram o debate em torno do esvaziamento do tributo (não de forma explícita), registrou que Não obstante, porque esses argumentos são marginais na justificação dos votos – já que não seriam aptos a receber o qualificativo “jurídicos” – esse tipo de debate sequer é trazido à tona no julgamento. Seja a Fazenda, sejam os julgadores, ao procederem a esse tipo de alegações, limitam-se a repetir obviedades, relacionadas com a necessidade de defesa do interesse público, via arrecadação tributária. O reconhecimento de argumentos como tais como jurídicos, porque, sim, referem-se a um dos elementos da concepção de direito tributário aqui proposta, resgataria esse tema e o traria para o debate judicial. O resultado

> Esclareça-se, ao cabo – quase em termos de repetição -, que não se trata, no caso, de submeter o interesse público ao interesse particular da Recorrente. A ausência de regras claras quanto à política econômica estatal, ou, no caso, a desobediência aos próprios termos da política econômica estatal desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam **insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor**. (g.n.)

Diversas indagações, dentre elas a própria instabilidade colocada no voto analisado poderiam ser problematizadas, a fim de diminuir a discricionariedade do decisor. Trazemos, nessa perspectiva, e sem a pretensão de fazer a defesa de uma ou outra posição, interessante voto proferido em processo análogo, relatado pelo Min. Herman Benjamin[133], que bem demonstra a inconsistência do mero argumento da responsabilidade objetiva do Estado (e aplicado pela Suprema Corte):

> RECURSO ESPECIAL Nº 771.787/DF. ADMINISTRATIVO. LEI 4.870/65. SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS PELO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL – IAA. LEVANTAMENTO DE CUSTOS, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A PRODUTIVIDADE MÍNIMA. PARECER DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. DIFERENÇA ENTRE PREÇOS E CUSTOS. ELASTICIDADE. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO A PARECER DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. CONGELAMENTO DE PREÇOS. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA PARA DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. A fixação do preço da cana-de-açúcar deve levar em consideração o levantamento dos custos de produção, mas com ele não se confunde (art. 9º, Lei 4.870/65). Vale dizer: a apuração dos custos de produção é apenas um dos critérios importantes para o estabelecimento do preço final da cana-de-açúcar. 2. **O procedimento para fixação de preço é complexo e deve considerar inúmeras variantes, não apenas o custo. Não se pode negligenciar, por exemplo, o fenômeno da elasticidade, entendido como a sensibilidade da demanda pelo produto em relação à variação de seu preço.** 3. À Fundação Getúlio Vargas - FGV cabia apenas levantar os custos de produção, e não fixar o preço a ser praticado. **Ademais, o parecer apresentado pela FGV**

seria a produção de decisões mais bem fundamentadas, inclusive porque as partes, ao procederem a alegações desse tipo, veriam-se no dever de justificá-las detalhadamente (Op. cit., p. 250). Ademais, a não assunção explícita das escolhas feitas podem ser encaradas como um disfarce a verdadeiras opções políticas do decisor travestidas de terminologias jurídicas. Isso converteria um argumento que poderia ser válido (sob a ótica de justificação de escolhas, admitida pela teoria da argumentação jurídica) em uma "categoria de referência ilusória" (nesse sentido v. MACCORMICK, op. cit., p. 187).

133 Voto-vista do Min. Herman Benjamin no REsp 771.787/DF. Encontrado em www.stj.jus.br. Acesso em 09.09.13.

> **constitui peça meramente enunciativa e, como tal, não produz efeitos vinculantes**. 4. A eficácia da Lei 4.870/65 foi suspensa pelos atos normativos que determinaram o congelamento geral de preços. Assim, a partir da edição do DL 2.335/87, a atribuição para a fixação de preços passou a ser do Ministro da Fazenda (e não mais do I.A.A.), que não os estipulava de acordo com os critérios da Lei 4.870/65. 5. Como afirmado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, por ocasião do voto-vista proferido no REsp 845.424-DF, "da conduta imputada à União, de estabelecer o preço dos produtos do setor sucro-alcooleiro em valores inferiores aos constantes de planilhas da FGV, não decorreu, direta, imediata e necessariamente para a autora, o evento danoso alegado na petição inicial". 6. Em acréscimo, ao apreciar a prova dos autos, o **Tribunal de origem consignou que se trata de uma "prova genérica, hipotética, não de uma prova concreta, como se exige, de dano sofrido pela empresa. Não se demonstrou que tenha sofrido prejuízos, nem que tenha auferido lucros abaixo do razoável**". 7. Recurso Especial não provido." (sem grifos no original)

Perceba-se que o Ministro pretendeu trazer ao debate outras questões que não apenas a responsabilidade objetiva. Se é certo que há esse tipo de responsabilidade, não é certo que o poder público seja universalmente responsabilizado. Isso somente poderia ocorrer com uma justificativa séria. O que não aconteceu no julgado STF. Mais uma vez, interessante atentar para as palavras do Ministro Relator do STJ:

> O problema de decidir o preço a ser fixado não é tarefa para solução só com dados de custos. Necessário se torna uma gama de informações sobre o mercado (elasticidade na economia) para que se possa, casando informes internos com externos, optar pelas decisões mais corretas. (Eliseu Martins, Contabilidade de Custos, 2000, p. 249). Outro aspecto evidentemente relevante e absurdamente negligenciado pelo perito (e pela Usina) é a elasticidade da demanda em relação ao preço do álcool. Em breve síntese, pode-se definir elasticidade como a sensibilidade da demanda pelo produto em relação à variação de seu preço. Há produtos com alta elasticidade e outros com elasticidade mínima. Tome-se como exemplo o sal. Por ser um produto essencial e sem possibilidade de substituição, ainda que seu preço fosse controlado e aumentasse significativamente, a população não deixaria de comprá-lo. Assim, o aumento do preço do sal teria forte impacto na inflação, pois diminuiria o poder de compra da população. Diz-se, portanto, que há baixa elasticidade de demanda com relação ao preço do sal. Por outro lado, com o chocolate ocorre o oposto. Dado um aumento de seu preço, é evidente que haverá queda no consumo, já que é produto não-essencial e há vários substitutos no mercado (doces em geral).

> Assim, quanto ao chocolate, pode-se dizer que há alta elasticidade de demanda em relação ao seu preço.

Ainda sobre esses níveis de problematização, vejamos decisão do desembargador João Batista, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região[134]:

> BUSCAR AQUELE JULGAMENTO QUE ELE FALA DAS OUTRAS POSSIBILIDADDES... E DE REPENTE COLOCAR ESTE NA CONCLUSAO
> Mais uma vez, gostaria de sugerir aos ilustres pares uma releitura do art. 37, par. 6º, da Constituição. Entendo que nunca foi tão oportuna essa releitura como quando se busca superar o modelo de Estado liberal, ou neoliberal (alguns até chamam, para os Estados periféricos, de modelo neonaziliberal), e alcançar o modelo de Estado participativo, da democracia direta. Nesta visão, impõe-se repensar também a responsabilidade extracontratual do Estado para concluir que quem está pagando a indenização não é um Estado distante de nós, mas nós mesmos; de nosso bolso é que vai sair o dinheiro. E, pior, o valor da indenização vai ser subtraído da esperança de uma refeição (não três) diária a milhares de miseráveis. **O pagamento dessa indenização (no caso anterior, conforme foi anunciado, trata-se de R$ 4.000.000.000,00) significa menos recursos para programas sociais. É grande a responsabilidade do juiz em casos da espécie. Se defere o pedido sem o requisito da prova suficiente do dano e sua causa, está transferindo dinheiro do povo para grupos econômicos. Isto não é cumprir a Constituição**.

Esse chamado *outro nível de problematização* que estamos tratando, ou seja, uma justificação de segunda ordem de cunho consequencialista jurídico, pode ser extraído do caso *Dynamco vs. Holland and Hannen and Cubitts Ltd.*, de 1971, cujo julgamento foi proferido pela Corte Suprema da Escócia e tratado por MacCormick. No caso, a fábrica do autor sofreu corte de energia elétrica em duas ocasiões em 1969 quando empregados da ré cortaram os cabos pertencentes à empresa de energia elétrica do sul da Escócia e com isso os autores sofreram perda de produção e de lucros. Perceba-se como se pode alcançar a melhor resposta possível (para

---

134 EAC Nº 2000 01 00 025304-0/DF. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Encontrado em www.trf1.jus.br. Acesso em 09.09.13.

não dizer *a correta*, em termos dworkinianos) com o argumento consequencialista lógico-jurídico. Disse lorde Kissen[135]:

> Para resumir, minha opinião é que, pela Lei da Escócia, não é admissível que os autores iniciem uma ação por danos financeiros, no que seu caso se baseia, na medida em que a causa da perda não foi dano físico a bens de sua propriedade ou cuja posse tivessem. É uma questão diferente determinar se a lei deveria ser ampliada de modo a cobrir a perda econômica em casos de negligência em que não tenha havido dano à propriedade da pessoa que alega a perda. Há muitas observações judiciais nos casos que mencionei, aí incluídos *Reavis v. Clan Line Steamers* (1925 S.C. 725), sobre a multiplicidade de ações que poderia se seguir a um ato de negligência se a lei fosse como os autores a afirmaram, bem como sobre a necessidade prática de limitações... Se os autores estiverem corretos em suas pretensões, os resultados seriam "espantosos" para usar o termo do presidente Clyde do tribunal, em *Reavis*, p. 740. Toda empresa ou pessoa que usar a eletricidade na atividade empresarial poderia ter o direito de reivindicar compensação por lucros cessantes e outras perda financeiras se um cabo fosse danificado por negligência e o fornecimento de eletricidade fosse interrompido. Não poderia haver distinção entre proprietários ou ocupantes de fábricas com maquinário, de lojas, escritórios, hotéis, restaurantes, minas, pedreiras e, em alguns casos, de residências...

O argumento do Lord Kissen de que toda empresa ou pessoa que usar a eletricidade na atividade empresarial poderia ter o direito de reivindicar compensação por lucros cessantes e outras perda financeiras se um cabo fosse danificado por negligência e o fornecimento de eletricidade fosse interrompido, não podendo haver diferenciação entre proprietários ou ocupantes de fábricas com maquinário, de lojas etc. demonstra ainda outra conjugação de fatores para redução de decisionismos.

Ou seja: o Direito é muito complexo. Não pode ser simplificado a ponto de casos judiciais serem tratados de forma descomplicada. Streck vem de há muito alertando quanto a isso. Diz o autor em uma das suas mais recentes obras que

> Tudo indica que aqueles que escrevem livros "descomplicados" acreditam mesmo que o direito e a faticidade se "descomplicam" com um simples toque de "Midas semântico". Algo como "a concepção realista das palavras". Palavras como "simplificação" ou "descomplicação" devem ter uma substância

---

135 MacCormick, op., cit., 2006, pp. 180/181.

> "descomplicadora". De todo modo, a julgar pelo que se transformou o ensino jurídico e o modo como se produzem as decisões, de fato parece que eles têm razão. Ao menos assim parece, porque os compêndios estão ali, nas bancadas dos fóruns e tribunais. Já notaram como as grossas lombadas desses manuais nos olham de soslaio?[136]

Dessa forma, a concepção consequencialista pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se razões substantivas (finalistas – uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum objetivo posterior)[137]. Trata-se, primeiramente, de o decisor argumentar com consequências jurídicas. Procedendo assim deve, nos casos semelhantes, dar a eles o mesmo[138] tratamento anterior; em outras palavras: ser consistente[139].

CONCLUSÃO

Ao analisar a pergunta-problema levantamos a seguinte hipótese que buscou-se comprovar ao longo do texto: a falta de um argumento consequencialista do tipo jurídico (consequencialismo lógico) nas decisões dos tribunais brasileiros pode causar um grave prejuízo financeiro aos cofres públicos, impedindo, inclusive, o exercício do contraditório pela omissão desse nível de problematização e prejudicando a sindicabilidade das decisões judiciais. O deslocamento das questões mais relevantes do país para o Judiciário tornaram-no um responsável direto (e, em alguns casos, ator principal) pelos rumos da política social do país.

Justificar uma decisão envolve apostas, escolhas entre proposições rivais; à primeira vista isso pode significar um campo aberto a subjetivismos e

136 STRECK, Lenio Luiz. Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: RT, 2013, p. 29.

137 ATIENZA, Manuel. As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, pp. 134-135.

138 Não se está negando a possibilidade de alteração de posicionamento por parte do tribunal. Porém, neste caso o ônus argumentativo necessariamente será muito maior e o respeito à integridade do direito também. Sobre a integridade, diga-se com Dworkin que ela admite o afastamento de uma posição anterior, mas sempre em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais ao sistema como um todo (para aprofundamentos, vide DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF, 2007, Cap. VI e VII).

139 Usamos aqui o critério de consistência em MacCormick (Op. cit., 2008, p. 301).

arbitrariedades. Contudo, num processo sério e responsável de justificação de escolhas haverá a busca da melhor solução para a complexidade que é o Direito. Esse percurso a ser realizado pelo julgador passa pela argumentação, fruto de uma razão prática, onde o decisor deverá buscar alguns critérios aptos a demonstrar aos interessados que a sua decisão se deu de forma séria, tentando-se reduzir erros. O Direito não é algo simples que possibilita uma visão pragmática e cética. Os tribunais não são instituições autônomas dotadas de legitimidade por sua própria voz, revestidas de poder por seu próprio vigor orgânico. A efetiva força de suas sentenças depende da aceitação de sua autoridade[140].

Isso quer dizer que, principalmente nos casos difíceis, a responsabilidade justificatória das decisões demanda uma sofisticada análise do caso posto à apreciação do juiz. Não basta dar a solução ao problema como se a justificação fosse tão somente autoridade do exercício do poder colocada no papel.

Em outras palavras: as teorias, os conceitos, a filosofia jurídica etc. existem para auxiliar no processo de escolha. Há um campo fértil de critérios de solução dos casos complexos e as consequências advindas da universalização da decisão judicial serão argumentos válidos – argumentos jurídicos[141] –, passíveis de inclusão na justificação do decisor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ATIENZA, Manuel**. As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, Editora, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1989.

140 MACCORMICK, op. cit., 2006, p. 69.

141 Argumente-se uma vez mais que não se trata de argumento pragmático ou extrajurídico, mas sim trata-se de um argumento jurídico válido porquanto demanda a universalização da decisão com base nas apostas criteriosas feitas pelo magistrado, vale dizer, não se tratará de aplicação de princípios e valores como se fossem uma capa de sentido apta a esconder em termos jurídicos uma opção discricionária.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **A hermenêutica constitucional à luz da racionalidade emancipatória**. RIDB, Ano 2, nº 7, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF, 2010.

_______. **O Império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_______. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_______. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais.** Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antonio de Oliveira Sette. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo.** São Paulo: Almedina, 2011.

_______. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação da UnB, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de direito.** 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013.

MACCORMICK, Neil, **Retórica e o Estado de Direito.** Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_______. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**, *in* Teoria Política do Instituto de Estudos Avançados da USP, 1993.

NEVES, Rogério Telles Correia das. **A política estatal de controle de preços no setor sucroalcooleiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NUNES, Tatiana do Couto. **CONSEQUENCIALISMO: reserva do possível e câmbio de conceitos jurídicos à luz da decisão judicial.** Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público, 2012.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas conseqüências no Direito Tributário.** São Paulo: Noeses, 2011/2012.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Uma Teoria do Raciocínio para a Teoria do Direito**. Revista Direito GV 6, JUL-DEZ 2007.

RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. **Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner**. Dissertação de mestrado disponível em http://hdl.handle.net/10183/8053. Acesso em 08.09.2013.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_______. **Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: RT, 2013.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de Direitos Fundamentais. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA: COMO APROXIMÁ-LAS?[142]

Carlos Victor Nascimento dos Santos[143]

Resumo: O presente estudo fará uma análise comparativa de algumas situações que se confundem com a mutação constitucional, tendo como parâmetro o sentido dado pela doutrina constitucional. O objetivo é utilizar a doutrina como referência ao reconhecimento do uso legítimo da mutação constitucional, comparando situações que possam se confundir com o referido fenômeno. A partir das distinções estabelecidas, será destacada (i) a inexistência de um método hábil ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional, (ii) a necessidade de observância a alguns aspectos fundamentais ao uso efetivo da expressão, além do (iii) apontamento de indícios de uma possível ampliação de atuação e competência do Supremo Tribunal Federal a partir de suas próprias decisões.

Palavras-chave: mutação constitucional; realidade social; Supremo Tribunal Federal; legitimidade constitucional; Constituição Federal.

Abstract: This article will compare some situations that are confused with the constitutional mutation, having as parameter the meaning given by the constitutional doctrine. The purpose is to use the doctrine as a reference to the recognition of the legitimate use of the constitutional mutation, comparing situations that may be confused with that phenomenon. Based on the distinctions, will be highlighted (i) the absence of a skilful way recognition of an authentic constitutional mutation, (ii) the need to observe some aspects to the effective use of the expression, besides to (iii) demonstrate to signs a possible expansion of performance and competence of the Supreme Court Brazilian based on their own decisions.

Keywords: constitutional mutation; social reality; Supreme Court Brazilian; constitutional legitimacy; Federal Constitution.

142 Este artigo representa a extração de um capítulo da dissertação de mestrado do autor, realizada no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – RJ, em 2013.

143 O autor é graduado em Direito pela FGV Direito Rio, mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – RJ e doutorando em Teoria do Estado e Direito constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Atualmente, é pesquisador de temas relativos ao Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Em um momento propício à discussão acerca de uma possível ampliação de poderes do Supremo Tribunal Federal a partir de suas próprias decisões, a doutrina constitucional brasileira vem empenhando esforços para estudar tal fenômeno. Neste contexto de (re) discussão da competência do STF, o presente texto representa uma singela contribuição de como o STF pode a estar utilizando de modo a modificar a Constituição por meio de argumentação tipicamente constitucional. Para demonstrar e questionar tal fenômeno, a categoria "mutação constitucional" será confrontada com outras categorias normativas a fim, por meio do método comparativo, seja possível compreender a sua funcionalidade no direito brasileiro.

Para dar início a esse processo, o primeiro tópico a ser desenvolvido incluirá a categoria em análise no cerne de discussão dos processos informais de mudança da Constituição. O objetivo é entendê-la como um mecanismo de aproximação da Constituição à realidade social brasileira. O tópico servirá de alerta à demonstração de que ao se tratar de um mecanismo de aproximação e verificação da realidade social, a mutação constitucional pode e tratar de uma categoria empírica. Isto é, na possibilidade de ser entendida como uma verificação empírica da realidade social brasileira, a mutação constitucional deveria dotar de um método hábil ao seu reconhecimento.

Neste sentido, na possibilidade de ser uma categoria empírica, a mutação constitucional, no tópico seguinte, será confrontada com algumas categorias normativas que poderia confundir a sua compreensão. A comparação da mutação constitucional com diferentes categorias jurídicas permitirá a identificação de características que lhes são próprias, contribuindo à sua compreensão enquanto mecanismo de aproximação do texto constante na Constituição Federal e a realidade social brasileira.

Após, será dado destaque à inexistência de um método hábil à utilização de categorias jurídicas tanto pela doutrina quanto pelos tribunais brasileiros. Assim, será demonstrado que, embora se utilize de fundamentação empírica, a mutação constitucional não possui um método hábil à sua utilização. O que permitirá o destaque à necessidade de observância às

questões fundamentais e intrínsecas tanto ao conceito quanto ao órgão legitimado ao uso da categoria em análise.

Por fim, será discutido a possibilidade de manipulação e alargamento do conceito em análise para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal pode estar fazendo um uso ilegítimo da expressão. E, assim, ampliando a sua competência e modificando a Constituição Federal de forma silenciosa a partir da imposição de suas próprias preferências revestido do caráter de reconhecimento de mudança da realidade social.

DIFERENÇAS SIGNIFICATIVAS ENTRE OS PROCESSOS FORMAIS E INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Por tratar-se de um mecanismo de Mudança da Constituição, a mutação constitucional passa a ser entendida como um processo informal de alteração de sentido do texto normativo, não podendo ser confundida com as Emendas Constitucionais – processos formais de alteração do texto constitucional. O objetivo deste tópico é tão somente o de estabelecer diferenças pontuais entre a mutação e reforma constitucional, além de estabelecer diretrizes que melhor permitam a compreensão dos referidos institutos jurídicos.

Segundo Karl Loewenstein[144], filósofo do Direito e político alemão, a reforma constitucional pode se manifestar de várias formas, inclusive como forma de complementar lacunas deixadas por cláusulas constitucionais vagas. Loewenstein identificou dois tipos de lacunas: as descobertas (ou claras, nítidas) e as ocultas. A primeira é identificada quando o Poder Constituinte demonstra ser consciente da necessidade de sua regulamentação, mas por motivos diversos deixa de fazê-lo no momento da promulgação do texto constitucional. A segunda relaciona-se com a imprevisibilidade; hipótese que, no momento de criação da carta constitucional, não se pôde prever a necessidade de regulamentação de determinadas situações que eventualmente surgiriam com o passar dos anos.

144 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1986.

A situação acima descrita é perfeitamente compreensível na ordem constitucional brasileira, se considerarmos que na época de promulgação da Constituição Federal, o Brasil passava por um processo de redemocratização, em que a Assembleia Constituinte para aprovar o texto constitucional teve que se submeter às pressões de diversos grupos, principalmente dos militares. Assim, torna-se compreensível a existência de lacunas ora deixadas de forma consciente pelo Poder Constituinte, ora por imprevisibilidade de determinadas situações, principalmente devido ao momento histórico ao qual se encontrava.

A reforma da Constituição pode ser feita ainda de forma tácita, que pode ser entendida também como um erro de técnica legislativa. Tal procedimento é reconhecido quando uma Emenda à Constituição altera um texto constitucional, mas não necessariamente o substitui. As emendas constitucionais, quando não inseridas no local exato em que se encontra o texto a ser modificado, podem modificar tacitamente a Constituição. Principalmente por estar revogando, retirando tacitamente do ordenamento jurídico determinada norma constitucional e, consequentemente, substituindo por outra de igual hierarquia.

Mesmo apresentadas todas as espécies de reforma da Constituição, não se pode olvidar que ela apresenta limites, como bem defendido por Loewenstein, seguido por Suzana de Barros Toledo[145]. A Constituição da República apresenta limites, chamados pelos autores citados de imanentes ou intrínsecos. Os limites imanentes são aqueles embasados na estrutura da ordem constitucional a qual vige a Constituição. Os valores e princípios são disposições intangíveis da norma fundamental e devem, em todo instante, ser observadas e protegidas. A Constituição não é feita apenas de normas escritas, mas também de valores e princípios que se revestem de normas implícitas e ganham aplicabilidade cada vez mais constante na sociedade civil.

Tais valores e princípios servem também de supedâneo na realização de qualquer mutação ou reforma constitucional. Não são raras as hipóteses em que o Poder Constituinte Derivado se verá impossibilitado de

---

145 BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

alterar determinado texto constitucional devido à proposta de emenda violar valores e princípios implícitos, inerentes à Constituição.

Neste contexto, não se pode permitir a violação da Constituição sob o argumento de que toda norma constitucional comporta exceções, e até mesmo justificá-las em seus princípios e valores implícitos. Isto ocorre quando o intérprete mantém a validade da norma constitucional, mas apresenta exceções em casos concretos, bem ponderados que podem violar ou suprimir determinados bens jurídicos previstos constitucionalmente a fim de promover outro bem jurídico. O referido exame não deve ser feito de forma despretensiosa.

Enfim, o mais importante de tais premissas é que seja possível descrever todo o arcabouço em que a Reforma da Constituição se encontra, a fim de estabelecer parâmetros de análise para a diferenciarmos da mutação constitucional, eixo fundamental do presente estudo. Sob esta ótica, cabe-nos afirmar que tanto a mutação quanto a reforma devem observar atentamente os limites implícitos da ordem constitucional brasileira. Assim, a mutação constitucional se revela num instrumento de aproximação do texto constitucional da realidade social a qual está inserida, não causando qualquer alteração em seu texto normativo. Diferentemente, a reforma tem por característica fundamental a alteração substancial de seu texto normativo, não sendo entendida como qualquer mecanismo interpretativo ou com o condão de verificar os usos, costumes e práticas reiteradas da sociedade civil para que seja proposta, devendo observar apenas os limites objetivos e subjetivos existentes no sistema constitucional brasileiro.

2. CONFRONTANDO A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COM ALGUMAS CATEGORIAS NORMATIVAS

Por ausência de uma metodologia própria ao uso da mutação constitucional, a expressão vem sendo utilizada de diversas formas e ganhando enormes sentidos na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira. O presente tópico será destinado à análise das ideias que tramitam em torno de possíveis usos e sentidos da mutação constitucional no Direito brasileiro, tendo como parâmetro os autores clássicos e brasileiros. Para tanto,

será utilizado o método que Ferdinand Lassale se apropriou para buscar o significado de Constituição. Em suas palavras, o método "*baseia-se em compararmos o objeto cujo conceito não conhecemos com outro semelhante, esforçando-nos para penetrar clara e nitidamente nas diferenças que afastam um do outro.*"[146] Assim, a mutação constitucional será colocada em debate com: (i) a interpretação; (ii) jurisprudência; (iii) integração; (iv) aplicação do Direito; (v) correção legislativa; (vi) a norma ainda constitucional ou inconstitucionalidade progressiva; e (vii) os costumes constitucionais.

Nas páginas anteriores, foi possível perceber que a maior proporção do uso da mutação constitucional pelos Ministros do Supremo, é a sua utilização como método de interpretação. Após o referido dado, caberia uma análise para compreendermos bem esse uso específico da mutação constitucional.

Conforme demonstrado anteriormente, em se tratando de um fenômeno, tem-se uma indicação de que a mutação constitucional deve apenas ser reconhecida, como algo já existente. Daí a sua diferença em relação aos métodos de interpretação da Constituição. Enquanto por fenômeno depreende-se a forma pela qual a coisa se apresenta aos olhos da sociedade, o método de interpretação da Constituição não é o reconhecimento de uma situação já existente, mas uma mudança da Constituição por elementos ora subjetivos do intérprete, ora objetivados por critérios consequencialistas, políticos, econômicos etc. Por tal hipótese, depreende-se que tal fenômeno apenas "reconhece" um fato consumado, demonstrando ser algo que, por exemplo, pode ser usado por tribunais para disfarçar como mera observação da realidade algo que, na verdade, é uma transformação dessa realidade de acordo com as suas próprias preferências.

Ainda sobre a mutação constitucional manifestada por meio da interpretação, parte da doutrina se coloca bastante reticente no que se refere a tal possibilidade. Para Canotilho, poderia a mutação constitucional se manifestar quando fosse relacionada às mudanças de sentido de determinados textos normativos gerados por conceitos institucionais, ao qual admite ter vida própria, entranhando-se na pessoa, fazendo parte dela, mas com duração

146 LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4ª ed. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 1998, p.7.

superior a sua existência por subsistir no meio social. É possível citar como exemplo o conceito de família, que é uma instituição de durabilidade superior aos cidadãos.

Atualmente, pode ser facilmente notado alguns juízes considerando família como a instituição composta também por casais de relação homoafetiva[147], conceito inadmissível há tempos atrás. A esse processo, Canotilho denomina de problema normativo-endogenético[148].

No entanto, o mesmo Canotilho refuta a ideia do que chama de evolução normativo-exogenética, na qual a interpretação da constituição se dá sem levar em consideração o dever-ser constitucional. Sob essa ótica, as transformações da vida social se realizam mais por obra do legislador do que por necessidades da sociedade civil. A interpretação da Constituição se efetivaria com base nas leis que são editadas. E, com base nelas, que acompanham as novas questões econômicas e sociais presentes na vida civil, deixando de lado o dever-ser constitucional, o texto constitucional passa a ser reinterpretado, adaptando-o às novas leis. Tal possibilidade pode ser facilmente notada em Constituições flexíveis, como a da Inglaterra, por exemplo. A crítica do autor se justifica na possibilidade de a Constituição ser facilmente descaracterizada devido à possibilidade de o legislador modificar o sentido de seus textos normativos por questões até mesmo de governabilidade.

Neste sentido, não se deve levar adiante a possibilidade da mutação constitucional ser entendida como um método de interpretação do texto normativo. Partindo do pressuposto de que o método pode ser compreendido como um meio pelo qual se pode alcançar um dado conhecimento, entender a mutação constitucional como um método de interpretação do texto normativo é

---

147 O Superior Tribunal de Justiça, em diversas hipóteses já tratou dos casais homossexuais, como: a possibilidade de o parceiro homossexual, em caso de separação receber o equivalente à metade do obtido pelo esforço comum, tratando de partilha de bens (BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Recurso Especial 148.897. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Ministro Ruy Rosado. Quarta Turma. Minas Gerais, 06 de abril de 1998.); o recebimento de pensão por morte do parceiro falecido (BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 238.715. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: RPC. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Rio Grande do Sul, 07 de março de 2003.); possibilidade de o homossexual colocar seu parceiro como dependente no plano de saúde (STJ. DJ 10.out.2006. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma.); e reconhecimento do casal homossexual como entidade familiar (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.026.981. Recorrente: Severino Galdino Belo. Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Terceira Turma. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2003.).

O Supremo Tribunal Federal também enfrentou a questão recentemente quando proclamou a união homoafetiva nas ADI n.º 4.277 e na ADPF n.º 132, ambos de Relatoria do Min. Ayres Britto.

148 Canotilho: 2003, 1228-30.

admitir que a inserção de elementos subjetivos do intérprete, e objetivos das mais diversas ordens, sejam instrumentos hábeis ao reconhecimento de uma situação preexistente e habitual de forma a considerá-la como uma realidade social vigente. A mutação constitucional não pode ser considerada como um método de interpretação do texto normativo, principalmente pela inexistência de critérios objetivos na sua condução[149]. De igual forma, também não pode ser considerada como um método de interpretação judicial, uma vez que estamos cada vez mais habituados à prática por parte dos Juízes e Tribunais do chamado por muitos de “ativismo judicial”.

Não é incomum nos depararmos com julgamentos carregados de sentimentos, ideologias e teorias de Justiça. Essas práticas têm se tornado cada vez mais habituais nas decisões judiciais, nos votos condutores de jurisprudência proferidos por Ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal etc. Parafraseando Carlos Maximiliano, a “jurisprudência sentimental”[150] tem demonstrado objetivos de prática de Justiça Social por meio da interpretação dos textos normativos feitos pelos aplicadores do Direito, o que se revela em clara manipulação da lei ou Constituição, por elementos e critérios intuitivos, sob a argumentação de se estar aplicando uma mutação constitucional ao caso concreto, por exemplo. Resumindo, a interpretação tal como é conduzida por juízes é feita a partir da experiência pessoal de cada um deles, sendo ela incorporada pelo Direito como fundamentação da sua decisão judicial ignorando, assim, o olhar à realidade social ao qual a norma é passível de aplicação. Isto é, uma vez entendida como interpretação, a mutação constitucional deixará de olhar as práticas ocorridas na realidade social para priorizar as experiências particulares dos julgadores, que podem estar ou não condizentes com esta realidade. Assim, **a mutação constitucional não deve ser confundida com um método de interpretação**.

Além do acima exposto, de acordo com os dados obtidos na pesquisa realizada, a jurisprudência é o segundo sentido mais frequentemente associado à mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. É

149 Ver MÜLLER: 2000, 7.

150 MAXIMILIANO: 1998, 159.

frequente a confusão feita entre interpretação e jurisprudência. A interpretação deve ser considerada como o processo de tradução dos sentidos de determinadas expressões linguísticas. Quando diante de um signo linguístico aberto, o processo de interpretação levará em consideração fatores externos a esse signo para lhe atribuir possíveis sentidos, devendo estabelecer uma relação entre o texto e o contexto o qual está inserido. É possível citar novamente a expressão “família” como exemplo. Diferentemente da ideia que a interpretação é capaz de produzir, a jurisprudência representa uma consolidação sobre dado entendimento, mais precisamente, o posicionamento do Tribunal acerca de determinado tema. A jurisprudência é alterada quando o Tribunal consegue consolidar novo entendimento acerca da demanda que já havia sido discutida. Quando o entendimento já consolidado se altera há uma ruptura ou mudança da jurisprudência.

Estabelecendo a diferenciação acima, tem-se que a mutação constitucional não poderia ser considerada como uma mudança na jurisprudência. Isso porque, apesar da mutação do texto constitucional se estabelecer a partir de um distanciamento entre o texto e a realidade constitucional, sendo ela capaz de demonstrar uma prática reiterada e modificar o sentido do texto que lhe faz correspondência, a mudança de jurisprudência ocorre por motivo diverso. A jurisprudência não se estabelece a partir de um distanciamento entre a norma e a realidade, e sim diante de um cenário em que dados entendimentos não se tornam mais possíveis por razões diversas a da ocorrência da mutação constitucional. Isto é, enquanto a jurisprudência consolida um dado entendimento, buscando claramente o posicionamento do Tribunal a respeito de determinada demanda, a mutação constitucional reconhece uma prática já consolidada mediante o olhar à realidade circundante, e não aos aplicadores da norma. O Tribunal não se posiciona a respeito da mutação constitucional emitindo um entendimento, e sim reconhecendo uma prática já consolidada que distancia a realidade do texto ao qual faz ou deveria fazer correspondência. Logo, **a mutação constitucional não pode ser compreendida como uma mudança de jurisprudência**.

Igualmente, também não se deve confundir a mutação constitucional com a interpretação ou preenchimento de cláusulas constitucionais vagas, também chamada de integração. Nesta última hipótese, os parâmetros utilizados à interpretação são em grande parte políticos e legislativos. O que deve ser levado em consideração é que, na norma constitucional aberta, há margem para o seu executor, de acordo com razões de ordem objetiva ou subjetiva, interpretar de diversas formas o texto constitucional; não havendo, portanto, uma mudança de sentido do texto normativo por reiterados comportamentos. Um exemplo bastante discutido no Direito trabalhista versa sobre a possibilidade de o empregador monitorar os *emails* de seus empregados, tendo acesso a eles quando bem entender. Se analisada sob o prisma da Constituição, tal conduta deveria ser considerada inconstitucional por afrontar o art. 5º, X, da Constituição Federal, que afirma serem invioláveis "*a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

No entanto, há entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de ser possível o empregador monitorar os *e-mails* de seus empregados, desde que de forma moderada, e se lhes avisar por algum meio legítimo, como cláusula contratual, convenção ou acordo coletivo.[151] Assim, tem-se um exemplo de interpretação constitucional de uma norma que tem por característica a sua vaguidade e, nessas condições, é esperado que a interpretação desses termos abertos mude com o passar do tempo.

Logo, quando estamos diante de um conceito jurídico indeterminado, da textura aberta da linguagem, não significa estarmos diante da hipótese de incidência de uma mutação constitucional. A interpretação de cláusulas constitucionais vagas ou o seu preenchimento dependem, conforme dito anteriormente, de elementos de cunho político, econômico, social etc. No momento de feitura da norma, o legislador pode restringir ou ampliar o alcance da norma de acordo com a linguagem utilizada para expressá-la. E, na hipótese de ocorrência de um conceito jurídico indeterminado, por exemplo, não restam dúvidas que o aplicador do Direito irá delimitar o alcance do texto

151 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR n.º 613/2000-013-10-00.7. . Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. São Paulo, 27 de agosto de 2010.

normativo de acordo com questões circunstanciais, inclusive fazendo um juízo acerca das consequências da utilização de uma ou outra interpretação. O que não ocorre na mutação constitucional devido à sua impossibilidade de análises circunstanciais, i.e., não podendo se aplicada de acordo com diferentes demandas. Na mutação constitucional, o texto não é desprovido de sentidos que os permitam serem complementados pela interpretação do aplicador do Direito; ele possui um sentido que, de acordo com as transformações sociais, se distanciou da práxis constitucional, buscando por meio da observação da realidade reconhecer um novo sentido a este mesmo texto constitucional. Por tais questões, **a mutação constitucional em nada se relaciona com o preenchimento de cláusulas constitucionais vagas**.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, não se pode confundir a mutação constitucional com a aplicação do Direito. Como categoria da visão tradicional da hermenêutica, a aplicação do Direito tem por objeto a identificação de fatos para a subsunção da norma a eles. Vale dizer, a aplicação do Direito tem por objeto a identificação da regra jurídica mais adequada ao caso concreto por meio da compreensão do conteúdo da norma – comando normativo -, e do enquadramento de fatos a este conteúdo. Há na hipótese uma primazia da norma sobre o fato, capaz de estabelecer uma imediata correspondência entre eles.

Na mutação constitucional ocorre o inverso: não há correspondência direta entre a norma e o fato porque eles se distanciaram a partir das transformações sociais. A partir de tal distanciamento, as práticas se modificam e o texto que antes lhe fazia correspondência se torna inadequado à nova prática que se impôs. A mutação constitucional refletiria, então, a supremacia do fato sobre a norma, fazendo com que ela modifique o seu sentido para tornar a fazer correspondência à nova realidade. Em outras palavras, **a mutação constitucional reconhece um novo direito a ser aplicado que não o disposto no texto, não fazendo uma adequação dos fatos às normas, mas estabelecendo lógica inversa**.

A mutação constitucional também pode ser confundida com a correção legislativa da jurisprudência. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência ocorre:

> (...) através de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. Implica: a) o radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência; b) a retificação da norma anterior que, por ambiguidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria[152]

A correção legislativa, nas duas hipóteses acima, em nada se relaciona com a mutação constitucional. Nos dois casos, correção legislativa se confronta com a interpretação: no primeiro, tem por objetivo afastar da norma uma interpretação judicial incompatível com a jurisprudência; no segundo, busca retificar a interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários que a permeiam. A última forma de manifestação da correção legislativa apontada pelo autor é a que mais poderia se aproximar da mutação constitucional, o que não ocorre devido (i) à impossibilidade de entendimento da mutação constitucional como um método de interpretação, conforme mencionado anteriormente; além de (ii) seus parâmetros de análise serem a jurisprudência e os pressupostos doutrinários da matéria, e não a manifestação de nova realidade constitucional que possibilite a alteração de sentido do texto. Vejamos o exemplo abaixo:

No Recurso Ordinário no Mandado de Segurança de n.º 22.192-9/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, tem-se um interessante exemplo. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por interpretar de forma diferente o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que dispõe: "*São **isentas** de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.*" Onde se lê o termo "isenção", deve-se subentender o termo "imunidade". Isso porque a Constituição Federal não concede isenções, e sim imunidades tributárias.

Além disso, em se tratando de imunidade tributária, não poderia lei ordinária dispor sobre imunidades, o que é cabível apenas mediante lei complementar. Tal questão leva também ao entendimento de que a lei que a Constituição Federal se remete no dispositivo seja complementar, e não ordinária. A referida hipótese se aproxima da retificação de interpretação tendo

---

152 TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 447-448.

por base os pressupostos doutrinários da matéria, conforme as palavras de Ricardo Lobo Torres.

No exemplo citado, poderíamos falar, em hipótese extrema, em mutação constitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de erro de técnica legislativa, que apontam para o fato de que, apesar de tais modificações de sentido não partirem de práticas sociais, não há hipóteses previstas na Constituição de que existam concessões de isenções tributárias. A referida matéria relaciona-se às limitações ao Poder de Tributar, que são competências reservadas apenas à Constituição Federal, sendo as imunidades uma dessas limitações ao Poder de Tributar. Assim como a Constituição estabelece competências tributárias, também concede imunidades. Por tais motivos, a Constituição não concede isenções, mas imunidades tributárias, sendo essa uma situação clara de erro de técnica legislativa sanada por meio da correção legislativa.

Nessa mesma seara, poderia se discutir se a correção de um erro de técnica legislativa por jurisprudência não seria, em verdade, uma modalidade de Reforma Constitucional. E a resposta é negativa, porque, conforme mencionado em páginas anteriores, a característica fundamental da Reforma Constitucional é a alteração das palavras ou expressões do texto constitucional, e não de seus significados. Por tais motivos, **não há como confundir a correção legislativa com uma autêntica mutação do texto constitucional**.

Não é incomum confundirem também a mutação constitucional com a “norma ainda constitucional” ou inconstitucionalidade progressiva (superveniente). Por tais categorias, deve-se entender que uma norma, mesmo incompatível com a Constituição Federal, pode ser considerada constitucional enquanto não se insurgirem questões que permitam lhe atribuir um caráter de inconstitucionalidade. Como exemplo é possível citar o art. 68 do Código de Processo Penal, que afirma: “*Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.*” O referido dispositivo foi inserido no código antes da criação das Defensorias Públicas, que tem por principal objetivo prestar assessoria jurídica

à população pobre e com dificuldade de acesso à Justiça. O que demonstra a perda de eficácia do dispositivo nos Estados em que a Defensoria Pública já estiver instalada.[153]

Por este entendimento, é possível depreender uma maior flexibilidade do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de normas ao atribuir a uma norma a sua constitucionalidade transitória, a depender do *staus quo* para produzir sua eficácia. Isto é, a inconstitucionalidade progressiva pressupõe que a constitucionalidade da norma perde o seu sentido de acordo com o distanciamento dela da realidade constitucional. As diferenças entre a inconstitucionalidade progressiva ou superveniente e a mutação constitucional operam em dois planos: hierarquia das normas e eficácia.

Na primeira hipótese apontada, deve-se esclarecer que a inconstitucionalidade superveniente se relaciona com as normas infraconstitucionais; do contrário, não poderiam sofrer o chamado "processo de inconstitucionalização". As normas constitucionais são os parâmetros de análise e é em contraste a elas que as normas infraconstitucionais podem ou não ser consideradas "ainda constitucionais". Diferentemente, a mutação constitucional refere-se tão somente ao texto expresso na Constituição e, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, não há possibilidade de se considerar uma "norma constitucional inconstitucional".[154] Em relação ao plano da eficácia, cabe esclarecer que na mutação constitucional, o objetivo é aproximar o texto da realidade circundante, permitindo que a norma não perca sua eficácia e estabeleça uma perfeita correspondência com a realidade constitucional; enquanto que na inconstitucionalidade superveniente, a eficácia da norma é temporária, i.e., ela deixa de produzir efeitos quando os fatos estabelecem uma nova realidade em que a norma se torna injustificável e inaplicável. No exemplo anteriormente citado, o art. 68 do Código de Processo Penal perderia a sua eficácia nos Estados em que a Defensoria Pública já estivesse instalada. À época da apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, a norma apenas não foi declarada inconstitucional porque produzia eficácia em alguns

---

153 O Supremo Tribunal Federal compartilha do mesmo raciocínio desenvolvido no AG REG. No RE n.º 341.717/SP. Min. Rel. Celso de Mello. Segunda Turma, DJ em 05.ago.2003.

154 Ver a ADI n.º 815-3/DF. Min. Rel. Moreira Alves. Plenário, DJ em 28.mar.1996.

Estados em que a Defensoria Pública não havia sido instalada. Mas, com a ampliação do acesso à Justiça, esta é uma norma que estaria entrando num "processo de inconstitucionalização" até que, quando a Defensoria Pública se instalasse em todos os Estados da Federação, a norma perderia a sua eficácia e seria considerada inconstitucional. Portanto, **a inconstitucionalidade progressiva ou superveniente em nada se confunde com a mutação constitucional**.

Por fim, é importante diferenciar a mutação do texto constitucional dos costumes constitucionais, temas que mais se aproximam a partir da discussão até aqui realizada. Alguns autores, como Bulos[155], aproximam as categorias mencionadas a partir da percepção que, em ambos os processos, é possível inferir "mudanças difusas no sentido, significado e alcance das normas da Constituição, sem que haja qualquer interferência dos processos formais de alteração da Carta Maior"[156]. Entretanto, para melhor diferenciarmos tais categorias, é necessário compreender a ideia sugerida pelo costume constitucional.

Segundo Bulos, o costume constitucional pode derivar tanto da prática judiciária (a que chama de jurisprudência) quanto da doutrinária. Em suas palavras: "Os costumes são, assim, a observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social, sendo integrados por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo."[157] De acordo com as palavras do autor, a caracterização de um costume constitucional perpassa dois importantes elementos: a constância e a uniformidade. Pelo primeiro, depreende-se que o costume oriundo quer seja de reiteradas decisões que uniformizem dado entendimento de um tribunal, modificando as normas, ou do entendimento que a doutrina extrai da leitura e aplicação normativa, precisam ser constantes. O que significa dizer que para a caracterização do costume constitucional é necessário um decurso de tempo que torne possível identificar um prolongamento da prática reiterada que lhe atribua o caráter de obrigatoriedade. A uniformidade revela a necessidade do estabelecimento de

155 BULOS, Uadi Lamêgo. Costume constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33, n.º 131 jul./set., 1996, p. 95-107.
156 Idem, p. 97.
157 Idem.

um padrão a ser seguido, a fim de evitar que condutas díspares impossibilitem o alcance do costume.

Os elementos acima, ainda na visão de Bulos, devem ser consubstanciados por um aspecto objetivo e outro subjetivo. A objetividade está relacionada à repetição do comportamento, e a subjetividade com o caráter obrigatório da norma como um instrumento de parâmetro ao convívio social. Assim, o costume constitucional comporta como principal característica a reiteração de práticas, transpassadas por um decurso de tempo, capaz de se revestir do caráter de norma. Isto é, para a caracterização de um costume constitucional, é preciso inferir um conjunto de regras consagradas por um longo uso, além de serem observadas nas relações como obrigatórias, não dotando da obrigatoriedade de ser escrita. Ademais, os costumes constitucionais podem se revelar em práticas oriundas tanto do afastamento do texto constitucional da nova realidade social que se impõe, quanto da relativização da aplicação da Constituição em situações excepcionais. Assim, a primeira distinção entre a mutação e o costume constitucional é a possibilidade deste ser uma regra não escrita, o que não ocorre com a mutação constitucional, que modificando o sentido do texto, incorpora à regra escrita uma nova percepção de sua aplicação.

Acrescente-se às observações acima à impossibilidade dos costumes (constitucionais), por meio de sua prática reiterada, ofenderem as normas constitucionais. Pode ser utilizado como exemplo o art. 5º, XV, da Constituição Federal, que afirma ser “*livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”. Não é difícil vislumbrarmos a hipótese de sermos impossibilitados de termos acesso às tribos indígenas, localizados em terras que, constitucionalmente, pertencem à União. Nessa hipótese, não estaria o direito à livre locomoção sendo violado, mas apenas observado o fato de que os usos e costumes de determinado povo devem ser respeitados. Isso porque não é objetivo do povo indígena violar as normas constitucionais para se apropriarem indevidamente de terras que pertencem à União, mas tão somente preservar a privacidade, usos e costumes que lhes

são inerentes. Essa é uma prática reiterada de povos das tribos indígenas, em que não se considerariam violações flagrantes a preceitos constitucionais.

Do exemplo acima, portanto, é possível inferir algumas diferenças entre a mutação do texto constitucional e os costumes constitucionais: (i) na mutação há uma alteração de sentido do disposto no texto constitucional e nos costumes constitucionais, uma regra não escrita que substitui o texto constitucional ou preenche sua lacuna[158]; e (ii) os costumes constitucionais não adquirem a eficácia das normas constitucionais escritas[159]. Sobre esta última característica, importante notar que apesar de materialmente versar sobre tema constitucional, falta-lhe cumprir o aspecto formal para que dote da mesma eficácia de uma norma constitucional escrita, como passar pelo processo legislativo e estar finalmente disposta na Constituição. Isto é, diante do aspecto destacado, os costumes constitucionais serão sempre normas constitucionais inferiores se comparados às normas constitucionais escritas, posto que estas manifestam o Poder Constituinte como reflexo dos anseios da sociedade. Portanto, **não há que se confundir costumes constitucionais com a mutação do texto constitucional.**

Deste modo, por meio da análise aqui proposta, foi possível estabelecer diferenças pontuais entre a mutação constitucional e algumas categorias jurídicas de modo a reconhecer a ideia aqui discutida quando confrontadas com outras que se assemelhem a ela em algum aspecto. O que permitiu identificarmos, ao menos, o que não é uma mutação constitucional ao confrontar as situações anteriormente expostas com o significado que a doutrina lhe confere, demonstrando inclusive o uso ilegítimo da expressão se consideradas distantes do debate clássico que envolve a matéria. A partir disso, serão expostos no tópico a seguir alguns pressupostos básicos ao seu

158 Embora a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro permita que ante a impossibilidade de previsibilidade de normas que regulem determinada matéria, os costumes supra tal déficit legislativo: art. 4º, Decreto-lei n.º 4.657/42.

159 Segundo Anna Cândida, "o costume constitucional não adquire, em sua plenitude, a eficácia das normas constitucionais escritas. Assim, não goza do atributo formal de regra superior, de regra dotada da supremacia constitucional, inerente às normas escritas das Constituições rígidas e por essa razão preponderantes no confronto com regras infraconstitucionais. Não se lhe poderá reconhecer, pois, valor constitucional igual ou superior às normas constitucionais escritas. Deverá ser tido como norma não-escrita, materialmente constitucional, porque versando matéria constitucional, porém sem eficácia ou o valor jurídico de norma constitucionalmente escrita. Complexo, pois, o posicionamento jurídico do costume constitucional. Pela matéria, é constitucional porque preenche lacunas constitucionais; na hierarquia das normas, não tem a superioridade e a eficácia das normas constitucionais. Destarte, num confronto com normas constitucionais escritas, é sempre inferior; sofre controle de constitucionalidade em grau, natureza e profundidade maior que o incidente sobre a reforma constitucional,por exemplo." (FERRAZ, Op.cit., p. 186.)

reconhecimento, de modo a permitir a sua utilização da forma menos gravosa e mais apropriada possível.

3. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DE UMA AUTÊNTICA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA AUSÊNCIA DE UM MÉTODO À UTILIZAÇÃO DA EMPIRIA

Entendido e superadas as questões acima, passemos à análise de uma das mais polêmicas: a ausência de um método ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional. Conforme se pode depreender do exposto acima, para que a mutação constitucional se concretize e seja autêntica deve-se buscar primeiramente o reconhecimento de uma prática já existente e reiterada na sociedade para que a mutação do texto normativo se efetive. A prática capaz de modificar o sentido do texto, aproximando-o da realidade constitucional vigente à época da mutação, deve ser considerada geral e abstrata pela própria sociedade, como se norma fosse.

Ora, como a generalidade e abstração são características próprias das leis, com o reconhecimento da mutação constitucional não poderia ser diferente, principalmente se partirmos do pressuposto de que a mutação sugere a mudança de sentido e alcance do texto normativo, mas com ele continuando em vigor, mesmo que sob um novo entendimento. Assim, não poderia a mutação de um dispositivo estar fundamentada em particularidades ou análises pouco abrangentes da sociedade civil ao qual o texto normativo faz parte. A generalidade e abstração do comportamento da sociedade civil evitam que a mutação constitucional seja fundada de forma intuitiva e contribui que a força normativa de tal dispositivo continue inconteste.

Apesar do exposto, devemos nos atentar que não parece existir outro meio de reconhecermos certa generalidade e abstração do comportamento da sociedade civil ou do Estado a não ser que por meio da constatação empírica de seus comportamentos. Considerando que o conceito de mutação constitucional está atrelado ao reconhecimento de um comportamento que, por reiteradas práticas já se tornou reconhecidamente comum, e este é um argumento empírico, não resta outro meio de sua comprovação a não ser a constatação empírica. Apesar de não se ter um

método próprio capaz de proporcionar o reconhecimento de autêntica mutação constitucional, é preciso que o aplicador do Direito (no estudo em análise, o Supremo Tribunal Federal) observe algumas importantes questões que serão descritas adiante.

Em um primeiro momento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal devem se colocar diante de um decurso tempo necessário à alteração de sentido do texto constitucional. A observação se faz necessária pelo tempo de maturação que a Constituição Federal precisa para se adequar a uma transformação social que, modifique as práticas sociais ou estatais e, por meio da alteração de sentido do texto constitucional, evite o distanciamento do disposto no próprio texto com a nova realidade que se impõe.

Após, é preciso que os Ministros do Supremo não reconheçam uma alteração de sentido da norma constitucional que não seja coerente com o sistema constitucional ao qual ela está inserida. Nas palavras do Min. Eros Grau:

> A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.
> Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida a ele, o texto dela resultante, seja coerente repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [=à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele a se amoldar com exatidão. (MS 26.602-3/DF. Rel. Min. Eros Grau. Plenário. Trecho de voto do Min. Eros Grau. DJ 03.out.2007.)

O destaque dado pelo Min. Eros Grau deve se relacionar com a possibilidade do texto da Constituição não atender mais a práxis constitucional, hipótese em que há uma ruptura do sistema com a falta de correspondência da

norma com a nova práxis. Assim, o novo sentido atribuído ao texto constitucional não pode ser distante do contexto ao qual ela foi criada, devendo ser coerente com a tradição de aplicação da norma e reconstituir o sistema que havia sido rompido, permitindo que a norma volte a corresponder à nova realidade constitucional. A ideia defendida pelo Min. Eros Grau se assemelha àquela em que prioriza a análise da Constituição tendo como parâmetro a sua Unidade e o Sistema Constitucional estabelecido por ela.

Verificadas as duas hipóteses acima, o reconhecimento da mutação constitucional deve ter especial atenção com as normas definidoras de competência, principalmente àquelas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário. Tal preocupação se deve à possibilidade de o órgão máximo do Poder Judiciário, no poder que lhe é investido de reconhecer a mutação do texto constitucional, tomar pra si o entendimento do esvaziamento de competência de órgãos vinculados a outros Poderes da República.

Consoante exaustivamente mencionado, a mutação constitucional se dá mediante mudanças de hábitos que se tornam comuns, consolidando determinada prática. Quando diante de uma norma definidora de competência, a postura a ser adotada é a do reconhecimento de que o próprio Poder que a norma faça referência esteja modificando a sua postura. E não que o Poder Judiciário, por meio de sua observação, intuição e argumentação jurídica esvazie a competência de órgão vinculado a outro Poder da República. Vale mencionar as palavras do Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido na Recl. 4.335-/AC, em que se verificava a ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal:

> (...) Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.[160]

De acordo com o raciocínio desenvolvido pelo Min. Sepúlveda Pertence, o reconhecimento da mutação constitucional de forma intuitiva, principalmente em relação a uma norma definidora de competência poderia se

160 RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence. Ainda pendente de apreciação e julgamento por alguns Ministros.

assemelhar a um golpe de Estado, tendo em vista que um Poder estaria modificando a competência de outro, e pior: tomando pra si competência que não lhe havia sido conferida pelo Poder Constituinte Originário. Logo, *é de se ressaltar o cuidado especial que o Supremo Tribunal Federal deve ter em relação às normas definidoras de competência, sob pena de não estar reconhecendo uma mudança de postura de determinado órgão, mas interpretando a referida competência de acordo com suas próprias preferências, consubstanciadas por argumentações tipicamente constitucionais.*

Podendo incorrer numa forma de ampliação de competência do Supremo Tribunal Federal por meio de suas próprias decisões, o Min. Joaquim Barbosa, conforme se verá adiante, defende a necessidade de constatação empírica para o reconhecimento da mudança de comportamento aqui mencionada. E para adentrar neste campo, abaixo serão exploradas mais algumas observações necessárias ao reconhecimento da mutação constitucional.

O primeiro passo é a descrição objetiva da realidade que se quer investigar para atestar a inocorrência ou prática mínima do originalmente previsto no texto constitucional. A descrição objetiva da realidade tem por escopo o afastamento da utilização de meios intuitivos de percepção da realidade, capaz de identificar a inocorrência da prática constitucional prevista no texto e o seu consequente distanciamento. Assim, se a descrição objetiva da realidade demonstrar nova prática que vem se reiterando com as transformações sociais, e atestar a inocorrência do originalmente previsto no texto constitucional, somados às observações anteriormente dispostas, a mutação constitucional poderia ser reconhecida. Na ocorrência da prática mínima do originalmente previsto no texto, se fará necessário o desenvolvimento de um estudo específico para se investigar as motivações que levaram a diminuição de tais práticas, por existir a possibilidade de sua ocorrência se justificar em fins meramente estratégicos.

Para conseguir descrever objetivamente a realidade constitucional e comprovar a mudança de comportamento capaz de permitir o reconhecimento da mutação constitucional, os Ministros do Supremo precisarão recorrer à

coleta de dados em fontes seguras, quando possível. Dependendo do comportamento observado, o Supremo Tribunal Federal não poderá fazê-lo, hipótese em que o executor da norma deverá requerer estudos específicos sobre o tema, ou fazer uso do *Amicus Curiae* e da Audiência Pública, por exemplo.

Embora a proposta acima pareça um tanto complexa, enrijecendo a possibilidade de reconhecimento da mutação do texto constitucional, é necessário que algumas observações sejam feitas neste processo de aproximação do texto constitucional à nova realidade que se impõe. Tal reconhecimento de forma intuitiva, por exemplo, pode gerar sérios abalos às estruturas do sistema constitucional, como a realização de uma reforma constitucional silenciosa, em que o Supremo Tribunal Federal estaria modificando a Constituição por meio de suas próprias decisões carregadas de interpretação e argumentações tipicamente constitucionais.

A constatação empírica do reconhecimento da mutação constitucional, conforme dito anteriormente, se funda na necessidade de observação e descrição do objeto a ser analisado a fim de nos aproximarmos o máximo possível da realidade social circundante. Exemplo: na pesquisa citada anteriormente, uma norma definiu uma competência e alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal defenderam uma mudança de entendimento da norma a partir do desuso de tal competência. A forma mais apropriada para se confirmar o alegado é a utilização de um método para compreensão daquela realidade como, por exemplo, investigar se o Senado estaria ou não utilizando da competência que a Constituição lhe conferiu. Isto é, sustentações de argumentos como a mutação constitucional, de forma intuitiva, poderia resultar na violação do texto constitucional.

Em verdade, a necessidade de constatação empírica é aqui apontada como um dos elementos fundamentais ao reconhecimento da ocorrência de uma autêntica mutação constitucional, na ausência de um método que proporcione tal resultado. A utilização de um método, por exemplo, permitiria uma maior racionalização do processo que levaria à ocorrência da mutação constitucional, dificultando a possibilidade de se violar o próprio texto constitucional. Do contrário, poderíamos incorrer numa reforma constitucional

silenciosa, em que os Ministros do Supremo Tribunal, por meios das suas próprias decisões, estariam modificando a Constituição de forma intuitiva e de acordo com as suas próprias preferências, tendo como fundamento a utilização da interpretação e sofisticadas argumentações jurídico-constitucionais. Em ocorrendo tal prática, e por ser um órgão não legislativo, o Supremo Tribunal Federal poderia ser considerado um órgão não legítimo democraticamente ao exercício de tal função.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente tópico teve por objetivo confrontar a mutação constitucional com ideias que poderiam confundir o seu reconhecimento, de modo a demonstrar o que poderia não ser uma autêntica mutação constitucional, além da indicação de algumas observações necessárias ao seu legítimo reconhecimento. A partir daí, alguns questionamentos se insurgem sobre a categorização da mutação constitucional no Direito brasileiro. O primeiro questionamento refere-se à abrangência da hermenêutica constitucional. No início do presente estudo, foi estabelecido que, apesar de dialogar em todo o momento com a hermenêutica constitucional, este não seria um tema aprofundado no presente estudo, de modo a discutir as categorias que a compõem. Ainda assim, foi estabelecido que a visão acerca da hermenêutica jurídica a ser desenvolvida seria a sua tradicional divisão: interpretação, integração e aplicação do Direito.[161] E no tópico anterior, ficou estabelecido que a mutação constitucional não se relaciona com nenhum dos três aspectos, demonstrando existirem dúvidas quanto ao seu enquadramento como uma categoria da hermenêutica jurídica.

Apesar da discussão acima, categorizar expressões no Direito tem o objetivo principal de tornar mais didática a sua compreensão. O estudo sistematizado é reconhecidamente mais fácil de ser compreendido, principalmente por demonstrar uma progressividade no desenvolvimento do raciocínio, por isso a doutrina busca classificar o que escreve. Independente dos possíveis enquadramentos que se queiram dar à mutação constitucional, a

161STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 333.

referida questão revela o quanto é possível manipular o raciocínio jurídico por meio de sofisticadas teorias sem adentrar nas questões de relevância prática, considerando que nenhuma das observações sobre uma possível categorização da expressão aqui investigada é capaz de revelar o exercício legítimo da sua utilização pelos Ministros do Supremo, por exemplo.

No presente estudo, a preocupação maior não é categorizar a mutação constitucional – que pode ser entendida como um rótulo que sintetiza um processo de justificação da decisão judicial -, mas diferenciar o seu significado da função que verdadeiramente exerce no Direito brasileiro. Tanto é que foi proposto no início do estudo, uma contextualização acerca do surgimento da ideia que permeia a mutação constitucional, a sua importação ao Direito brasileiro e possíveis associações com usos e sentidos atribuídos à expressão. A relevância prática do estudo é a de identificar possíveis usos e sentidos dados à expressão mutação constitucional, tendo em vista que seu uso ilegítimo, além de afastá-los do debate clássico sobre o tema, poderia ocasionar graves consequências no sistema constitucional brasileiro, tema que será abordado no tópico seguinte.[162]

Apesar de, na análise dos dados, faltarem elementos necessários para qualquer conclusão sólida, eles já terão chamado a atenção a uma importante questão: não há que se falar em autêntica mutação constitucional de forma intuitiva, ou por meio de argumentação constitucional puramente doutrinária ou jurisprudencial. É preciso fazer a análise dos elementos que a caracterizam, que a justificam para, somente após esse processo, ser possível discutir se se verifica ou não a manifestação de tal fenômeno.

---

162 Para quem possui interesse em ver a aplicação do modelo acima desenhado, pode acessar:

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Mutação à brasileira: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. In Revista Direito GV, n.º 20, jan. – jul/2015.

O estudo apresenta uma pesquisa documental e quantitativa como exemplo da impossibilidade de se alegar a ocorrência de uma autêntica mutação constitucional de forma intuitiva. A análise feita será a da plausibilidade da tese de que teria ocorrido mutação constitucional no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, especificamente quanto à competência conferida pela Constituição ao Senado Federal para suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade. Esse argumento foi empregado pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4335-5/AC. Para analisar a consistência dessa tese, (a) foram discutidas as condições necessárias à plausibilidade de um argumento de mutação constitucional na ordem jurídica brasileira e (b) foi realizada uma análise empírica do papel do Senado Federal diante do art. 52, X, da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. ,1ª Ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n.º 129, jan./mar., 1996.

____________________. Costume constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33, n.º 131 jul./set., 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

DAU- LIN, Hsü. Mutación de La Constitución. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998. (orig. *Die Verfassungswandlung*. Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932.)

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. 1ª ed., 1986, Max Limonad.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

JURISPRUDÊNCIA. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2014.

________________. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Disponível em: <http://www.trt2.jus.br/>. Acesso em: 2014.

________________. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/. Acesso em: 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4ª ed. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1986.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

______________________. Jurisdição Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_______________________. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45, n.º 179, jul./set., 2008.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho de Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Mutação à brasileira: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. *In* Revista Direito GV, n.º 20, jan. – jul/2015.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. (2002), O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política. São Paulo, Malheiros Editores.

O MÉTODO DO SEGURO PRUDENTE DE RONALD DWORKIN E O GASTO PÚBLICO AGREGADO EM SAÚDE NO BRASIL

Felipe Nogueira Fernandes[163]

Resumo: A humanidade sempre foi obrigada a fazer escolhas para lidar com a escassez. Mas os dilemas morais relacionados às decisões alocativas no campo da saúde são especialmente problemáticos. Para Dworkin, a igualdade requer uma distribuição de recursos sensível às escolhas das pessoas, mas insensível a circunstâncias alheias ao seu controle. Há basicamente duas perspectivas para encarar a questão da alocação de recursos sociais em saúde. A perspectiva absolutista exige que a sociedade invista em saúde até que não seja mais possível qualquer benefício adicional, independentemente do custo. A perspectiva relativista, por outro lado, reconhece que, após certo ponto, os recursos disponíveis proporcionariam mais benefícios se aplicados em outras áreas. Para Dworkin, devemos tomar como parâmetro a alocação de recursos que resultariam de decisões individuais em uma comunidade igualitária ideal para compensar as desigualdades presentes no mundo real. O gasto público em saúde no Brasil está em um patamar intermediário quando comparado aos demais países de renda média. Porém, o gasto privado em saúde é relativamente alto no Brasil, o que indica que o serviço público de saúde pode estar aquém do nível ótimo. Mas como a despesa pública total já é elevada, há pouco espaço para aumentar o gasto mediante tributação adicional. Conclui-se então que o aumento do nível do serviço público de saúde exige uma discussão sobre os custos e benefícios das diversas alternativas de alocação de recursos.

Palavras-chave: Igualdade. Justiça distributiva. Alocação de recursos. Saúde. Seguro prudente.

Abstract: Mankind has always been forced to make choices to deal with the shortage. But the moral dilemmas related to allocative choices in the health care are especially problematic. For Dworkin, equality requires a distribution of

---

163 Felipe Nogueira Fernandes é Advogado da União, especialista em direito constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público) e aluno do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público.

resources sensitive to the choices of the people, but insensitive to circumstances beyond their control. There are basically two approaches to address the question of the allocation of social resources in health care. The absolutist perspective requires that the society invests in health care until it is no longer possible any additional benefit, regardless of cost. The relativistic approach, on the other hand, recognizes that, after a certain point, the available resources would provide more benefits if applied in other fields. For Dworkin, we should take as a parameter the allocation of resources that would result from individual decisions in an ideal egalitarian community to compensate the existing inequalities in the real world. Public spending on health care in Brazil is at an intermediate level if compared to other middle-income countries. However, private health care spending is relatively high in Brazil, which indicates that the public health service may be less than optimal level. But as the total public expenditure is already high, there is little room to increase spending by additional taxation. It is concluded that the increase in the public health care service level requires a discussion of the costs and benefits of the various alternatives patterns of resource allocation.

Key Words: Equality. Distributive justice. Allocation of resources. Health. Prudent insurance.

INTRODUÇÃO

A escassez de recursos é algo com que a humanidade sempre teve que conviver. Isso significa que sempre tivemos que fazer escolhas sobre a melhor alocação dos recursos disponíveis. Ocorre que os dilemas morais que envolvem essas decisões se tornaram mais difíceis no campo da assistência de saúde em razão do progresso da ciência ocorrido nas últimas décadas, que resultou em uma variedade enorme de tratamentos e exames cada vez mais dispendiosos. Essa pressão de custos associada à natural relevância que atribuímos à preservação da vida nos põe em uma situação delicada.

Há basicamente duas questões alocativas que precisamos enfrentar. A primeira refere-se ao montante dos recursos sociais que devem ser investidos em saúde e não em outras áreas, como educação, saneamento

básico, transporte, etc. A segunda questão, intrinsecamente ligada à primeira, consiste em definir como distribuir os recursos disponíveis entre as diversas demandas no campo da saúde[164]. Há muitas outras questões relacionadas a essas duas, como a definição do arranjo institucional mais eficiente para prover serviços de saúde à população, a competência para tomar as decisões alocativas necessárias, além da possibilidade e limites da interferência judicial. Este artigo será dedicado à definição do montante do gasto público agregado em saúde.

Defendemos que a assistência de saúde não pode ser vista como um valor absoluto, preponderante sobre todos os usos alternativos para os recursos disponíveis. Consideramos que há uma concorrência entre diversos tipos de demandas sociais por uma quantidade finita de recursos. Partimos do pressuposto de que, a partir de certo ponto, os benefícios proporcionados por investimentos adicionais em saúde não compensam os custos, medidos pelo benefício que seria gerado pelo emprego dos mesmos recursos na melhor alternativa disponível.

Mas qual o parâmetro moral que devemos seguir na difícil tarefa de estabelecer o montante justo de recursos a serem coletivamente destinados à saúde? Ronald Dworkin tem uma possível resposta. Com base em sua teoria da justiça distributiva, Dworkin propõe o modelo do *seguro prudente* como método para definir o nível adequado do serviço de saúde que uma sociedade que tenha por meta a igualdade deve proporcionar a todos os seus cidadãos, independentemente de sua capacidade de pagamento. Partindo do modelo teórico formulado por Ronald Dworkin, examinaremos o padrão de gasto público em saúde no Brasil, comparando-o com o de outros países de renda per capita semelhante e ainda com países de renda mais elevada.

No segundo tópico, apresentaremos a teoria da igualdade de recursos de Ronald Dworkin. Em seguida abordaremos a questão da alocação de recursos sociais em saúde com base no modelo teórico apresentado. No quarto tópico, examinaremos dados relativos à despesa total com saúde, ao gasto público total e ao gasto público em saúde de diversos países de renda média, alta e muito alta, a fim de encontrar pistas para fazer algum julgamento

164 DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. McGill Law Journal, v. 38, nº 4, 1993, p. 885.

sobre a justiça do gasto agregado com saúde no Brasil. Essas conclusões podem servir como balizas para avaliar a legitimidade de decisões judiciais que imponham à sociedade, através do Estado, o dever de fornecer determinados tratamentos de saúde que não estão disponíveis na rede pública.

2 A TEORIA DA IGUALDADE DE RECURSOS DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin[165] propõe uma teoria da igualdade baseada em dois princípios do individualismo ético. O *princípio da igual importância* significa que é importante que todas as vidas humanas tenham êxito e não sejam desperdiçadas, enquanto que o *princípio da responsabilidade especial* significa que cada pessoa tem responsabilidade pelo sucesso de sua própria vida e por isso deve experimentar as consequências de suas escolhas, sejam elas boas ou não. O primeiro exige que sejam adotadas políticas que, tanto quanto possível, façam com que o destino das pessoas não dependa de circunstâncias alheias ao seu controle, como a classe social, a cor da pele, o sexo e deficiências genéticas. O segundo princípio exige que sejam adotadas políticas adequadas para que o destino de cada cidadão dependa das escolhas que fez durante sua vida. Na síntese de Ferraz[166], "a igualdade de recursos requer uma distribuição sensível às escolhas que as pessoas realizam, porém insensível às circunstâncias".

Para Dworkin[167], a concepção adequada de igualdade deve levar em conta a *igualdade de recursos*. Um ponto fundamental de sua concepção de igualdade é que ela não rejeita a ideia de mercado econômico. Ao contrário, Dworkin[168] defende que uma divisão igualitária de recursos pressupõe alguma forma de mercado como mecanismo para definir preços e, consequentemente, os custos das escolhas que as pessoas fazem. Com base nisso, ele concebe um *leilão igualitário* como meio para atingir a justa igualdade de recursos. Para isso, imagina a situação de um grupo de náufragos em uma ilha deserta. De

165 DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

166 FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2007, nº 77, p. 248.

167 DWORKIN, 2011, op. cit.

168 Ibid., p. 79-87.

acordo com Dworkin[169], a melhor forma de dividir igualmente os recursos dessa ilha imaginária seria através de um leilão que envolvesse todos os recursos disponíveis e no qual cada náufrago teria a mesma quantidade de um determinado meio monetário sem valor intrínseco. Em suma, todos teriam o mesmo *poder aquisitivo*. Como explica Ferraz[170], o leilão hipotético, que nada mais é que a ideia de mercado em condições ideais, é o mecanismo utilizado por Dworkin para promover uma distribuição de recursos sensível à diversidade de preferências que as pessoas têm e que resultam em escolhas diferentes, garantindo que as pessoas arquem com o custo justo de suas escolhas.

Em uma sociedade que admite a propriedade privada, Ronald Dworkin associa a igualdade de recursos com a possibilidade de trocas livres, com a condição de que todos participem no mercado em condições equânimes. Ele admite que essa condição é irreal, mas enfatiza a importância de perceber a conexão entre igualdade de recursos e mercado[171]. Para Dworkin[172], no contexto do leilão igualitário, os recursos devem ser distribuídos conforme a disposição de cada um em pagar o maior preço, de acordo com as preferências individuais, o que certamente sofrerá a influência dos usos e possíveis ganhos econômicos que se espera que os bens proporcionem aos seus proprietários. Nesse cenário de igualdade, Dworkin associa a justiça com a eficiência. Diz ele:

> Devo acrescentar que não estou argumentando que a eficiência seja diferente da justiça, mas, pelo contrário, que nas circunstâncias descritas, nas quais os talentos são os mesmos, a eficiência é simplesmente a justiça, pelo menos no modo de se conceber a justiça na igualdade de recursos[173].

Dworkin[174] admite que a divisão igualitária sofreria alterações com o tempo, seja em razão das características de cada pessoa ou da sorte. Mas distingue dois tipos de sorte: a *sorte por opção*, que se refere ao resultado de apostas deliberadas e calculadas; e a *sorte bruta*, que se relaciona com riscos que não são objeto de escolhas deliberadas. O seguro seria um elo entre a

---

169 Ibid., p. 79-87.

170 FERRAZ, op. cit., p. 248.

171 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 87.

172 Ibid., p. 104-105.

173 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 105.

174 Ibid., p. 90-104.

sorte bruta e a sorte por opção, já que a decisão de comprar uma apólice de seguro contra riscos inevitáveis é uma aposta calculada[175]. Considerando o princípio de que as pessoas são responsáveis por suas escolhas, Dworkin[176] conclui que não há motivos para transferir recursos de uma pessoa para outra quando a desigualdade decorre da sorte por opção. Do contrário, isso tornaria menos atraentes os estilos de vida mais arriscados e, em consequência, haveria um decréscimo indesejado de estilos de vida disponíveis. Disso resultaria uma violação à igualdade na medida em se imporia um obstáculo às pessoas que desejam ter um estilo de vida arriscado, porém com maiores possibilidades de ganhos. Esse argumento não se aplica à sorte bruta. No entanto, a aquisição de um *seguro* converte a sorte bruta em sorte por opção. Portanto, se um determinado seguro estava igualmente disponível a todos, não há razão para transferir recursos para as pessoas que tiveram uma perda resultante da má-sorte bruta quando poderiam ter se prevenido contra esse risco comprando um seguro. Em outros termos, a ausência de aquisição de um seguro contra determinados riscos inevitáveis configura uma opção por uma vida mais arriscada e, conforme o *princípio da responsabilidade especial*, as pessoas devem pagar o preço de suas escolhas.

Ocorre que no mercado de seguros real não estão presentes os pressupostos do *leilão igualitário*. Primeiro porque a distribuição dos riscos entre os membros da sociedade é desigual, o se reflete sobre o valor dos prêmios. Isso significa que circunstâncias alheias ao controle das pessoas influenciam os preços que elas precisam pagar para se prevenirem de riscos inevitáveis, onerando injustamente alguns grupos mais do que outros. Em segundo lugar, a própria distribuição de recursos nas sociedades reais é desigual e muitas pessoas não têm capacidade de comprar apólices de seguro que, em condições mais equânimes, optariam por adquirir. Diante disso, Dworkin[177] defende o uso de um *mercado de seguros contrafactual* como paradigma para definir um esquema justo de redistribuição de recursos nas sociedades reais.

---

175 Ibid., p. 91-92.

176 Ibid., p. 95-96.

177 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 96-97.

Através de especulações contrafactuais, Dworkin tenta descrever como seria a realidade caso se partisse do leilão igualitário e do sistema ideal de liberdades e restrições a fim de sugerir alterações nas instituições reais para que se aproximem mais do modelo ideal. Dworkin[178] considera que seriam aceitáveis medidas que reduzam o *déficit de equidade* de uma parte da população, desde que não aumente o déficit de equidade de qualquer outra pessoa. Mas ressalva que seu critério não é *paretiano*[179], já que não exige que não sejam prejudicadas as pessoas que possuem mais recursos do que a parcela justa, ou seja, as pessoas que não estão numa situação deficitária. Dworkin[180] (2011, p. 229-230) também acredita que uma medida que reduza o déficit de equidade do grupo em pior situação seria aceitável, mesmo que significasse um aumento do déficit de equidade de um grupo que não estivesse numa situação tão ruim, desde que resultasse na redução do déficit total de equidade. Portanto, Dworkin parece adotar parcialmente o critério de eficiência de Kaldor-Hicks[181], restringindo a sua aplicação ao grupo que esteja em situação de *déficit de equidade*. Mas ressalva que não seria aceitável justificar a redução do déficit de recursos à custa do aumento do déficit de liberdade, já que não seriam medidas passíveis de comparação[182].

Ocorre que no mundo real (nas palavras de Dworkin, o *real mundo real*), muitas pessoas não estão interessadas em tornar a sociedade mais igualitária. Portanto, além das dificuldades técnicas decorrentes da natural complexidade do mundo, existiriam ainda barreiras políticas à implementação de reformas que reduzam o déficit de equidade. Diante disso, Dworkin[183] admite que sejam adotadas medidas que sua teoria repeliria no "mundo real ideal" em que as pessoas estivessem comprometidas verdadeiramente com a equidade. Afirma então que qualquer teoria aceitável do aprimoramento conteria um "princípio do sacrifício", que atingiria ambos os lados da equação liberdade-igualdade. Esse princípio significa que não há restrição à liberdade

178 Ibid., p. 228-230.

179 Uma transação Pareto-superior é aquela em que pelo menos uma pessoa passa a uma situação melhor e nenhuma delas passa a uma situação pior.

180 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 229-230.

181 De acordo com o conceito de Kaldor-Hicks, uma operação é eficiente quando os benefícios gerados superam os efeitos prejudiciais, ainda que ao final alguém esteja em pior situação. Portanto, uma operação seria eficiente quando os ganhadores pudessem compensar os perdedores, ainda que isso não ocorra efetivamente.

182 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 230.

183 Ibid., p. 235-239

quando a liberdade remanescente é pelo menos igual àquela que as pessoas teriam em uma sociedade igualitária; mas nega que a igualdade possa ser aprimorada apenas restringindo a liberdade[184]. Então, não haveria restrição a direitos fundamentais caso a liberdade fosse restringida com a finalidade de diminuir o déficit de equidade, desde que essa restrição não significasse um grau de liberdade menor do que existiria num esquema igualitário ideal.

3 A ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS EM ASSISTÊNCIA DE SAÚDE

É um paradigma moral amplamente aceito que as pessoas têm direito à assistência de saúde independentemente de sua capacidade econômica. A Constituição brasileira de 1988 incorpora esse paradigma em seu art. 196 ao estabelecer que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Há basicamente duas perspectivas para encarar a questão do financiamento ao sistema público de saúde. Numa perspectiva que pode ser chamada de *absolutista*, a sociedade deve prover qualquer serviço ou bem que represente algum benefício à saúde de seus cidadãos. Isso significa dizer que a assistência de saúde teria um caráter absoluto, preponderante sobre qualquer outro benefício que possa ser obtido com os recursos sociais. Segundo Dworkin[185], a perspectiva absolutista ou "ideal do isolamento" (*ideal of insulation*) costuma ser aceito instintivamente e possui três componentes: (i) que a vida e a saúde são mais importantes que qualquer coisa; (ii) que, mesmo numa sociedade desigual, as pessoas devem ter acesso aos mesmos tratamentos de saúde de modo que nenhum tratamento ou exame seja negado simplesmente porque o paciente não pode pagar; e (iii) que é intolerável que não seja prestada assistência de saúde por uma questão de economia de recursos. O resultado disso é que, sob essa perspectiva, a sociedade deve

184 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 240.

185 DWORKIN, 1993, op. cit., p. 885.

investir em saúde até que não seja mais possível qualquer benefício adicional, independentemente do custo[186].

A perspectiva *relativista*, por outro lado, reconhece a necessidade de fazer escolhas ou *trade-offs*. Como qualquer outro bem ou serviço, a *utilidade marginal* da assistência de saúde é decrescente. A *utilidade* refere-se ao benefício proporcionado por um bem ou serviço. Já a *utilidade marginal* é a utilidade resultante de uma unidade adicional de um determinado bem ou serviço. A utilidade da assistência de saúde em geral pode ser medida pelo benefício em termos de qualidade ou tempo de vida. Se utilizarmos os recursos destinados à saúde racionalmente, primeiro devemos aplicá-los em atividades que proporcionem mais utilidade por unidade de custo, ou seja, em atividades mais eficientes. Em resumo, devem ser financiadas atividades em ordem decrescente de eficiência. Conforme sejam adotadas as medidas mais eficientes e incorporado o ganho correspondente, avanços adicionais passam a exigir ações cada vez mais dispendiosas. No limite, o ganho proporcionado por uma unidade adicional será ínfimo e os custos serão elevadíssimos. Daí a utilidade marginal decrescente. Então, a *perspectiva relativista* reconhece que, em determinado ponto, os recursos disponíveis proporcionariam mais utilidade ao conjunto da sociedade caso sejam destinados a outros fins.

Os avanços tecnológicos na área médica e farmacêutica nas últimas décadas demonstraram que a perspectiva absolutista é utópica, uma vez que seria possível empregar todos os recursos da sociedade apenas para proporcionar mais benefícios à saúde das pessoas. A esse respeito, Dworkin afirma o seguinte:

> Nevertheless, a series of recent studies suggests that even if administrative efficiency were greatly improved, and even if doctors´ salaries were capped at some reasonable level, rationing of health care would still be inevitable, because by far the biggest cause of the explosion in health care costs (not only in the United States, but, I believe, in Canada as well) is a massive supply of new technology. It isn´t that we're paying all that much more for what we formerly bought cheaper; it is that we now have so much more to buy[187].

186Ibid., p. 886.

187 DWORKIN, 1993, op. cit., p. 884.

No mesmo sentido, afirma Einer Elhauge:

> Nonetheless, moral absolutism is wholly untenable as a societal system of resource allocation. Most knowledgeable observers believe we could today easily spend 100% of our GNP on health care without running out of services that would provide some positive health benefit to some patient. Surely, the most committed moralist must concede that, if these observers are empirically correct, some health care must be denied even though it has a beneficial effect. Otherwise, the extreme moral position would require that we fund health care even if that means starving ourselves to death[188].

Mas, ainda que essa constatação empírica não fosse verdadeira, a posição absolutista conduz a uma situação insustentável ao exigir que seja sempre aplicado o procedimento ou a droga mais eficaz, independentemente do seu custo. A consequência indireta disso é que a estrutura de incentivos não favorece o desenvolvimento de novas técnicas ou produtos caso sua eficácia seja um pouco inferior aos que já estão disponíveis, ainda que muito mais baratos[189]. Desse modo a pesquisa é direcionada a tecnologias cada vez mais caras. Isso significa que a perspectiva absolutista cria incentivos para que as pesquisas na área de saúde concentrem-se apenas na eficácia dos tratamentos, desconsiderando a relação entre custos e benefícios.

Com o avanço tecnológico e o aparecimento de tratamentos muito caros que geram um pequeno acréscimo de qualidade ou expectativa de vida, tornou-se evidentemente absurdo considerar a saúde como absolutamente superior a tudo o mais[190]. A saúde, embora muito importante, não é o único elemento que torna a vida atrativa. E na medida em que reconhecemos a escassez de recursos e a necessidade de fazer escolhas, a perspectiva absolutista ou o ideal do isolamento não contribui em nada para definirmos o montante justo de recursos a serem empregados em saúde e como distribuí-lo.

Como afirma Jeremiah Hurley[191], a assistência médica não é intrinsecamente boa; o é apenas na medida em que resulta em benefícios concretos à saúde das pessoas. Ocorre que, como já exposto, a utilidade

---

188 ELHAUGE, Einer. Allocating health care morally. California Law Review. v. 82, 1994, p. 1459.

189 Ibid., p. 1459-1460.

190 DWORKIN, 1993, op. cit., p. 886.

191 HURLEY, Jeremiah. Ethics, economics, and public financing of health care. Journal of Medical Ehtics. V. 27, 2001, p. 235.

marginal da assistência de saúde é decrescente. Além disso, é importante considerar que outros bens ou serviços também podem ter um efeito benéfico sobre a saúde, como o aumento de renda, o meio ambiente, o saneamento básico, a boa nutrição e mesmo a educação[192]. Portanto, ainda que o único objetivo da sociedade fosse a promoção da saúde, seria preciso considerar o custo de oportunidade dos investimentos em assistência médica[193]. Mas os objetivos das sociedades modernas são muito mais amplos. Então, não podemos drenar os recursos sociais para a saúde pública sem fazer qualquer ponderação entre custos e benefícios. É preciso ter em mente que os investimentos em saúde têm um custo de oportunidade. Se o benefício gerado pelo investimento adicional em saúde for inferior ao custo de oportunidade estamos na realidade piorando a vida das pessoas quando decidimos investir mais em saúde.

Portanto, a perspectiva absolutista deve ser descartada por sua cada vez mais evidente desconexão com a realidade, haja vista que desconsidera o imperativo da escassez de recursos. O verdadeiro problema a enfrentar, portanto, refere-se à definição do montante de recursos sociais a serem destinados aos serviços de saúde e sua distribuição. Em outros termos, precisamos definir como lidar com a escassez.

No fundo, o acesso igualitário ao serviço de assistência de saúde é uma questão de redistribuição de recursos[194]. Então, é basicamente a riqueza da sociedade que define o nível de serviço que deve ser provido[195]. Por isso, a definição do montante de recursos a ser investido coletivamente em atendimento de saúde demanda uma teoria da justiça distributiva.

192 ELHAUGE, op. cit., p. 1460.

193 O custo de oportunidade é aquilo de que se abre mão para obtê-lo. Portanto, o custo de oportunidade equivale ao benefício que poderia ser proporcionado pela melhor alternativa disponível para o emprego de determinado montante de recursos.

194 Segundo Elhauge (1994, p. 1488-1490), a redistribuição de recursos mediante o provimento de serviços de saúde gera menos consequências negativas do que outros mecanismos de redistribuição porque implica um nível menor de desincentivos à atividade produtiva do que a distribuição de dinheiro ou outros bens. Isso porque, diferentemente do dinheiro ou outros bens e serviços, as pessoas não desejam ter assistência médica a menos que estejam efetivamente doentes. Além disso, a boa saúde é um pressuposto para o trabalho. Por isso, o emprego de recursos da sociedade em serviços de saúde, como meio de redistribuição de renda, seria mais atrativo. Em resumo, Elhauge (1994, p. 1490-1491) defende que o nosso sentimento de que a assistência médica deve ser oferecida independentemente da capacidade de pagamento é o mesmo senso moral que temos no sentido de que outros bens e serviços sejam distribuídos com equidade. Porém, no caso da saúde haveria menos razões para deixar de fazer isso, já que seus efeitos colaterais negativos são menores do que os de outros esquemas redistributivos.

195 ELHAUGE, op. cit., p. 1473.

Ronald Dworkin[196] propõe deixar de lado o *ideal do isolamento* em favor de uma noção de justiça que integre a assistência à saúde em competição com outros bens. Reconhecendo a impossibilidade de assegurar a todos os tratamentos mais caros disponíveis e partindo de sua concepção de justiça distributiva, Dworkin[197] considera que o nível justo de despesas públicas com saúde deve ser definido mediante o esquema do *seguro prudente ou hipotético*. Por esse critério, devemos confiar nas decisões alocativas que pessoas prudentes fariam para si mesmas em condições ideais. Como visto, trata-se de um método contrafactual. Devemos imaginar as decisões individuais que seriam adotadas em uma comunidade ideal que contasse com um mercado livre de seguros e na qual estejam presentes três pressupostos básicos: (i) uma distribuição justa de recursos; (ii) a plena disponibilidade de informações sobre custos, benefícios e efeitos colaterais dos diversos tratamentos de saúde; e (iii) a ausência de informações individualizadas sobre os riscos de cada pessoa[198]. Embora não possamos fazer afirmações muito precisas sobre o conteúdo de tais decisões, Dworkin afirma que elas devem ser consideradas justas:

> Podemos, não obstante, fazer duas afirmações fundamentais sobre a justiça. Em primeiro lugar, o que essa comunidade transformada gasta realmente com a assistência médica em conjunto é a quantia moralmente apropriada: não poderia ser criticada, com base na justiça, por gastar demais ou muito pouco. Em segundo lugar, seja qual for a distribuição da assistência médica nessa sociedade, é justa para tal sociedade: a justiça não exigiria que se fornecesse assistência médica a quem não a comprou. Essas afirmações provêm de uma hipótese muito atraente: que a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos[199][200].

196 DWORKIN, 1993, op. cit., p. 888.

197 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 444.

198 DWORKIN, 1993, op. cit., p. 888-889; DWORKIN, 2011, op. cit., p. 437-438

199 DWORKIN, 2011, op. cit., p. 439-440.

200 Dworkin (2011, p. 440; 1993, p. 889) ressalva que mesmo nessa sociedade ideal talvez seja necessária alguma interferência paternalista para evitar que pessoas muito jovens tomem decisões imprudentes sobre seguros e algumas restrições poderiam ser necessárias no interesse das futuras gerações.

Segundo Dworkin[201], devemos tomar por base os resultados da alocação de recursos resultantes das decisões individuais adotadas na *comunidade igualitária ideal* como guia para estabelecermos a despesa pública com assistência de saúde e a sua forma de distribuição. Esse seria o nível de assistência pública exigido pela justiça para compensar as desigualdades existentes no mundo real. Portanto, o princípio do seguro hipotético de Dworkin procura equilibrar os gastos em saúde com outros objetivos da comunidade. Presume que as pessoas podem levar uma vida melhor quando seus recursos são utilizados para outras finalidades além da assistência médica ou para se protegerem de outros riscos que também podem estragar suas vidas. Trata-se de corolário da inescapável escassez de recursos.

4 A DESPESA AGREGADA COM SAÚDE NO BRASIL

O critério do seguro prudente propõe que uma sociedade deve gastar coletivamente em saúde o equivalente ao que pessoas de mediana prudência, em condições igualitárias, gastariam contratando seguros de saúde[202]. Então, o resultado desse experimento mental varia conforme o grau de desenvolvimento da sociedade e as preferências de seus cidadãos[203].

Para isso, Dworkin[204] sugere que sejam utilizadas, como orientação para as políticas públicas de saúde, as decisões que pessoas de renda média fariam em relação à contratação de seguros de saúde. No mesmo sentido, afirma Elhauge:

> In fashioning a workable standard, then, perhaps the best we can do is to say that, in rough approximation, the adequate care that society should endeavor to provide to the poor equals the level of health care actually purchased by the middle class of their society. Because the rich would remain free to spend more than this level, the standard remains a minimum, rather than a maximum. And because the middle class level of expenditures depends on societal wealth, so does the standard of adequate care[205].

---

201 DWORKIN, 1993, op. cit.; DWORKIN, 2011, op. cit.

202 FERRAZ, op. cit., p. 251.

203 Ibid., p. 251.

204 DWORKIN, 1993, op. cit., p. 894.

205 ELHAUGE, op. cit., p. 1491-1492.

Porém, deve-se ressalvar que as pessoas estão sujeitas a déficits de informação e as seguradoras têm ciência dos riscos de cada grupo social. Portanto, mesmo que considerássemos apenas as pessoas de renda média em uma determinada sociedade, não estariam atendidos os pressupostos da comunidade igualitária idealizada por Ronald Dworkin. Mas poderia ser uma aproximação adequada.

Tomando como parâmetro o critério do seguro prudente de Dworkin, é possível afirmar que o montante justo de gastos públicos com saúde é diretamente proporcional ao nível de riqueza de uma sociedade. Isso porque o *nível ótimo* de despesas com saúde deve levar em conta o seu custo de oportunidade. E em sociedades de renda mais baixa, os custos de oportunidade de investimentos adicionais em assistência de saúde são maiores, pois normalmente existem mais necessidades básicas a serem atendidas e que competem pelos mesmos recursos. Por conseguinte, seria absurdo considerar que um país de renda baixa devesse despender a mesma quantidade de recursos per capita em saúde do que países de renda elevada. Uma comparação mais apropriada deve levar em conta a proporção de gastos públicos em saúde em relação ao produto interno bruto (PIB). Mesmo em proporção ao PIB, é possível que o nível ótimo de investimentos públicos em saúde nos países de renda baixa seja distinto daquele de países mais ricos, tendo em vista as diferenças de custos de oportunidade e da própria estrutura etária da população de cada país. Portanto, trata-se de uma análise bastante complexa, que depende de múltiplas variáveis.

A Tabela 1 (abaixo) contém alguns dados relevantes sobre o padrão do gasto em saúde nos países cuja renda per capita ajustada pela paridade do poder de compra (PPC) se situava entre US$ 10 mil e US$ 20 mil[206] em 2011[207], segundo os dados do Fundo Monetário Internacional. São países de renda média, entre os quais se inclui o Brasil.

TABELA 1

206 Adicionalmente, foram incluídos alguns países com renda per capita (PPC) levemente superior a US$ 20 mil (Argentina, Chile e Rússia), por representarem um bom parâmetro de comparação para o Brasil.

207 O ano de 2011 foi tomado como base para a comparação porque as estatísticas consolidadas mais recentes da Organização Mundial da Saúde são do ano de 2011 (World health statistics 2014).

	PIB/capita (PPC) em 2011 (3)	Gasto púb. saúde/capita (PPC) em 2011 (2)	Gasto público em saúde/PIB	G. total sáude/PIB em 2011 (2)	Índice de GINI (1) (4)	Gasto público total/PIB em 2011 (3)	Gasto púb. saúde/Gasto total em 2011 (2)
Argélia	12970,946	300	2,31%	4,4%	35,3 (1995)	40,2%	9%
Argentina*	21304,128	927	4,35%	7,9%	43,6 (2011)	32,6%	21,7%
Barbados	15624,872	956	6,11%	7,2%	27,8 (2008)	41,3%	10,3%
Bielorrússia	16589,380	522	3,14%	4,9%	26,5 (2011)	34,5%	13%
Botswana	13680,893	502	3,66%	5,2%	60,5 (2009)	36,4%	8%
Brasil	**14267,280**	**474**	**3,32%**	**8,9%**	**52,7 (2012)**	**39,5%**	**8,7%**
Bulgária	15567,995	597	3,83%	7,3%	34,3 (2012)	34,4%	11,3%
Chile*	20211,418	716	3,54%	7,1%	50,8 (2011)	23,2%	14,8%
China	10006,368	236	2,35%	5,1%	37 (2011)	27,1%	12,5%
Colômbia	11618,941	494	4,25%	6,5%	53,5 (2012)	28,6%	20,2%
Costa Rica	13095,878	928	7,08%	10,2%	48,6 (2012)	18,0%	28%
Dominica	10076,360	538	5,33%	6%	ND	35,2%	12,3%
R Dominicana	11371,831	257	2,26%	5,4%	45,7 (2012)	15,8%	14,2%
Egito	10601,036	125	1,17%	4,9%	30,8 (2008)	31,8%	6,3%
Gabão	18359,286	273	1,48%	3,4%	ND	25,6%	7,2%
Granada	11220,935	335	2,98%	6,5%	ND	28,2%	11%
Irã	17488,166	432	2,47%	6,8%	44,5 (2006)	19,4%	10,5%
Iraque	12880,829	83	0,43%	2,7%	29,5 (2012)	43,3%	4,9%
Jordânia	11161,526	324	2,90%	8,8%	33,7 (2010)	33,2%	17,8%
Letônia	19825,759	651	3,28%	6%	36 (2012)	38,7%	8,9%
Lesoto	16431,150	169	1,02%	11,7%	54,2	63,0%	14,5%

					(2012)		
Líbia	11664,096	140	1,2%	3,9%	ND	55,0%	4,5%
Macedônia	11937,818	ND	--	6,9%	43,6 (2010)	32,1%	ND
Maldivas	11382,184	314	2,75%	8,1%	37,4 (2004)	38,4%	9,3%
Maurício	15723,800	370	2,35%	4,9%	35,9 (2012)	24,6%	9,7%
México	16391,585	505	3,08%	6%	48,1 (2012)	26,2%	15,1%
Montenegro	14129,120	573	4,05%	7,2%	30,6 (2011)	43,7%	9,1%
Palau	13478,337	1187	8,80%	9%	ND	39,8%	16,4%
Panamá	15939,868	806	5,05%	7,9%	51,9 (2012)	26,8%	12,8%
Peru	10292,278	275	2,67%	4,7%	45,3 (2012)	19,9%	15%
Romênia	16141,698	684	4,23%	5,6%	27,3 (2012)	36,8%	11,3%
Rússia*	22563,628	809	3,58%	6,1%	39,7 (2009)	35,7%	10,1%
Sérvia	11854,698	728	6,14%	10,3%	29,7 (2010)	45,0%	14,1%
África do Sul	11910,060	443	3,71%	8,7%	65 (2011)	31,8%	12,9%
St. Kitts	19396,756	396	2,04%	5,8%	ND	34,8%	6,5%
St. Lúcia	11326,980	400	3,53%	7,6%	ND	32,7%	8,1%
Suriname	14462,985	251	1,73%	6%	ND	26,4%	11,9%
Tailândia	12607,294	289	2,29%	4,1%	39,4 (2010)	23,1%	15,3%
Tunísia	10235,035	387	3,78%	7%	35,8 (2010)	34,9%	13,3%
Turquia	17780,886	762	4,28%	6,1%	40 (2011)	35,2%	12,8%
Turcomenistão	10498,433	125	1,19%	2,1%	40,8 (1998)	14,6%	8,7%
Uruguai	17722,977	899	5,07%	8,8%	41,3 (2012)	29,6%	21,8%
Venezuela	17209,728	210	1,22%	4,5%	39 (2011)	39,4%	6,3%

(1) Fonte: Banco Mundial[208]

(2) Fonte: Organização Mundial de Saúde[209]

208 http://data.worldbank.org/indicator

(3) Fonte: Fundo Monetário Internacional[210]

(4) Fonte: The world factbook (CIA)[211]

A título de comparação, a Tabela 2 contém os mesmos dados relacionados a uma amostra de quinze países de renda alta (entre US$ 25 mil e 35 mil) ou muito alta (mais de US$ 35 mil).

TABELA 2

	PIB/capita (PPC) em 2011 (3)	Gasto púb. saúde/capita (PPC) em 2011 (2)	Gasto público em saúde/PIB	G. total sáude/PIB em 2011 (2)	Índice de GINI (4)	Gasto público total/PIB em 2011 (3)	Gasto púb. saúde/Gasto total em 2011 (2)
Austrália	42674,445	2631	6,1%	9,0%	30,3 (2008)	36,6%	17,2%
Canadá	41290,513	3197	7,7%	10,9%	32,1 (2005)	45,8%	17,4%
França	38657,220	3169	8,1%	11,6%	30,6 (2011)	55,9%	15,9%
Alemanha	41730,197	3420	8,1%	11,3%	27 (2006)	45,1%	19,1%
Itália	34634,833	2348	6,7%	9,2%	31,9 (2012)	53,4%	14,4%
Japão	34294,754	2804	8,1%	10,0%	37,6 (2008)	40,6%	19,4%
Coreia do Sul	31327,404	1217	3,8%	7,4%	31,1 (2011)	19,8%	13,5%
Espanha	31736,040	2180	6,8%	9,3%	32 (2005)	45,7%	15,0%
Portugal	25671,764	1700	6,6%	10,2%	38,5 (2007)	49,3%	13,5%
Suécia	41614,548	3214	7,7%	9,5%	23 (2005)	51,4%	15,1%
Suíça	51578,314	3681	7,1%	11,0%	28,7 (2012)	33,1%	21,1%
Reino Unido	34786,115	2787	8,0%	9,4%	32,3 (2012)	44,7%	16,0%
EUA	49746,280	4047	8,1%	17,7%	45 (2007)	39,0%	20,3%

209 http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/en/

210 http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/index.aspx

211 https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2172.html

Israel	31104,257	1338	4,3%	7,6%	37,6 (2012)	41,7%	10,4%
Nova Zelândia	31368,412	2625	8,3%	10,3%	36,2 (1997)	39,7%	20,3%

Comparando as duas tabelas, percebe-se que há maior homogeneidade entre os indicadores dos países de renda mais alta. Em relação ao gasto público em saúde, com exceção da Coreia do Sul e de Israel, os demais países de renda alta ou muito alta apresentam um nível de gasto semelhante, situado entre 6,1% e 8,3% do PIB. Em relação ao gasto total com saúde, também há grande homogeneidade entre os países ricos. Com exceção de Israel e Coreia do Sul, que apresentam um nível de gasto ligeiramente mais baixo (7,6% e 7,4% do PIB, respectivamente), e dos Estados Unidos, que apresentam um nível de gasto bem superior à média (17,7% do PIB), os demais países da amostra constante da Tabela 2 apresentam um gasto total em saúde situado entre 9% e 11,6% do PIB. Verifica-se que, em geral, os países ricos (Tabela 2) apresentam um gasto total em saúde maior em proporção ao PIB quando comparados aos países de renda média (Tabela 1). Enquanto a média de gasto total em saúde dos países relacionados na Tabela 2 é de 10,29% do PIB, a média dos países relacionados na Tabela 1 é de 6,47% do PIB. Além disso, os países ricos (Tabela 2) também apresentam um gasto público em saúde proporcional ao PIB superior aos países de renda média (Tabela 1). Enquanto a média de gasto público em saúde dos países relacionados na Tabela 2 é de 7,03% do PIB, a média dos países relacionados na Tabela 1 é de 3,33% do PIB. Na média, os países ricos possuem um nível mais elevado de gasto público total (42,8% do PIB) em relação aos países de renda mediana (32,9% do PIB); e a proporção de gastos públicos com saúde em relação ao gasto público total é superior nos países ricos (16,57%) em comparação aos países de renda média (12%). Isso leva a crer que os custos de oportunidade, em geral mais elevados nos países de menor renda, constituem um importante fator restritivo dos investimentos em saúde, sejam públicos ou privados.

De acordo com os dados da Tabela 1, verifica-se que, entre os países de renda média, o Brasil é um dos que apresenta maior gasto total com saúde, equivalente a 8,9% do PIB em 2011. Trata-se de um patamar semelhante ao de muitos países de renda alta ou muito alta (Tabela 2). Da amostra de 43 países constante da Tabela 1, a despesa em saúde no Brasil só foi inferior a de 4 países e bem mais alta que a média de 6,47% do PIB[212]. Por outro lado, embora a despesa total com saúde seja alta, o gasto público em saúde no Brasil não é alto quando comparado aos demais países de renda média. Tomando por base o gasto público per capita (PPC) e a renda per capita (PPC) de 2011, o gasto público em saúde no Brasil era de aproximadamente 3,32% do PIB (PPC) em 2011. De acordo com os dados, o Brasil apresenta o vigésimo maior gasto público em saúde entre os países de renda mediana[213] e fica ligeiramente abaixo da média (3,33% do PIB[214]). Então, enquanto o Brasil apresenta um nível total de gasto com saúde semelhante ao de países ricos (em proporção ao PIB), o gasto público em saúde é bem inferior. Como visto, a média do gasto público em saúde dos países de renda alta ou muito alta (Tabela 2) é de 7,03% do PIB, enquanto no Brasil foi de apenas 3,32% em 2011.

Percebe-se ainda que em 2011 a proporção do gasto público *total* em relação ao PIB no Brasil foi uma das mais altas entre os países de renda média (39,5% do PIB). Foi inferior ao gasto de apenas 9 entre os 43 países que constam da Tabela 1 e bem superior à média, que foi de 32,9% do PIB[215]. Trata-se de um nível de gasto público equivalente ao dos países de renda elevada relacionados na Tabela 2 (média de 42,8% do PIB). Consequentemente, o Brasil era uma das nações de renda média que menos investia em saúde pública proporcionalmente ao gasto total do governo em 2011, aproximadamente 8,7% do gasto público total. Esse percentual foi superior ao de apenas 8 países da amostra constante da Tabela 1 e bem inferior à média de 12%[216]. Em relação aos países de renda alta ou muito alta, a disparidade é ainda maior. Enquanto o Brasil aplicava 8,7% dos recursos

---

212 A média apresentada não leva em conta o tamanho do PIB de cada país.

213 Nesse caso, a comparação se deu com 42 países, pois não há dados sobre o gasto público em saúde da Macedônia.

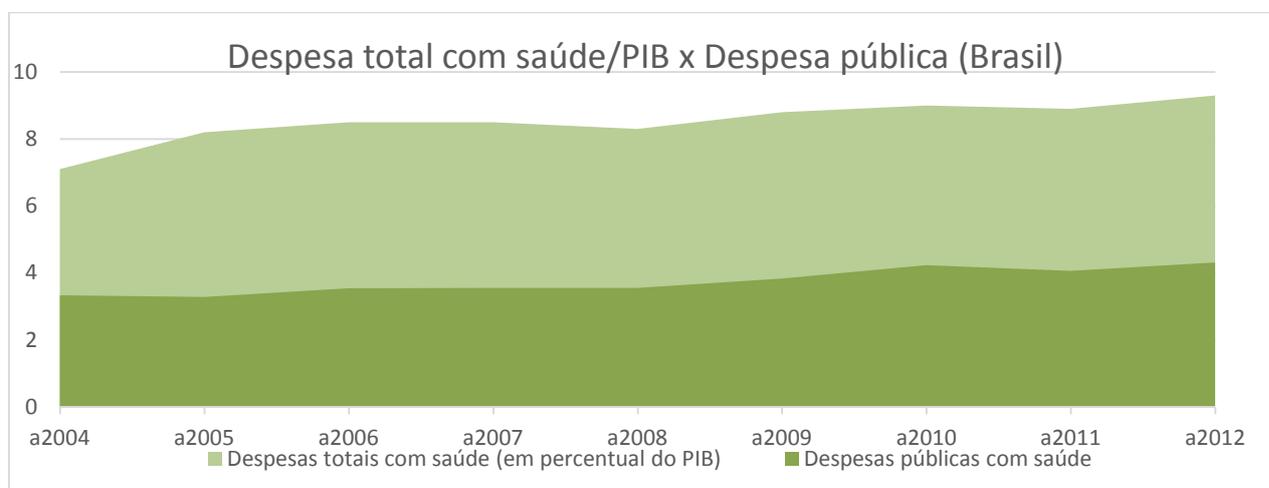
214 A média apresentada não leva em conta o tamanho do PIB de cada país.

215 A média apresentada não leva em conta o tamanho do PIB de cada país.

216 A média apresentada não leva em conta o tamanho do PIB de cada país nem a proporção de gastos públicos comparada ao PIB.

públicos em saúde em 2011, os países ricos indicados na Tabela 2 gastaram em média 16,57% do orçamento público em saúde no mesmo período.

Pode-se concluir daí que, entre os países de renda média, o Brasil apresentava um gasto total em saúde alto e um gasto público em saúde mediano no ano de 2011. Em 2012, a situação não se alterou significativamente. Como demonstra o Gráfico 1 (abaixo), o gasto total em saúde passou de 8,9% para 9,3% do PIB e a proporção de gastos públicos chegou a 46,4% do gasto total com saúde (fonte: Banco Mundial[217]). Além disso, o Brasil apresentava um elevado nível de gasto público em 2011 (39,5% do PIB) e uma baixa proporção de gastos públicos em saúde (8,7% do total das despesas públicas). Desde então o gasto público total vem aumentando ainda mais: chegou a 40,8% em 2012; e a 41,1% em 2013 (fonte: Fundo Monetário Internacional[218]), sem que tenha ocorrido algum aumento proporcional significativo dos investimentos em saúde, como mostra o Gráfico 1 (abaixo).

GRÁFICO 1

Fonte: Banco Mundial[219]

Essas informações nos dão algumas pistas importantes para avaliarmos o gasto público agregado em saúde no Brasil à luz do esquema do seguro prudente de Ronald Dworkin. Percebe-se que a proporção de gastos privados em saúde é mais alta no Brasil quando comparada aos demais países de renda média (Tabela 1), bem como aos países de renda elevada (Tabela 2).

---

217 http://data.worldbank.org/indicator/SH.XPD.PUBL

218 http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/index.aspx

219 http://data.worldbank.org/indicator

Esse é um indicador importante de que o nível de saúde pública no Brasil pode estar aquém do nível ótimo. Do contrário, a população não despenderia uma fração relativamente maior de seus recursos em serviços privados de saúde. É possível deduzir daí duas conclusões alternativas e não excludentes. De um lado, é possível que as preferências próprias da sociedade brasileira demandem um nível mais alto de despesas com saúde. Com isso, o gasto público em saúde no Brasil, que está em um nível intermediário quando comparado aos demais países de renda média, precisaria ser complementado por gasto privado em maior proporção a fim de que seja atingido o nível de saúde desejado (nível ótimo). Por outro lado, também é possível que as preferências da sociedade brasileira não demandem um nível mais alto de saúde em comparação aos demais países de renda média. Mas, em razão de uma alocação ineficiente dos recursos públicos destinados ao serviço de saúde que, repita-se, estão num nível mediano quando comparados aos demais países de renda per capita semelhante, resultaria num nível de serviço inferior ao que seria esperado, o que acabaria incentivando o maior gasto privado em saúde. Essa ineficiência pode ser resultante, ao menos em parte, da alocação excessiva de verbas em produtos ou serviços de saúde que apresentam uma baixa relação de custo/benefício.

Então, considerando que o gasto público em saúde no Brasil está na média dos demais países de renda per capita semelhante (Tabela 1), o nível insatisfatório do serviço público de saúde poderia ser resultante das preferências da população ou de ineficiências na alocação dos recursos destinados à saúde. É possível ainda que ambos os fatores contribuam para o resultado.

É importante destacar ainda que a desigualdade de renda no Brasil, medida pelo índice de GINI, é superior à maioria dos países de renda média (Tabela 1) e a todos os de renda alta ou muito alta (Tabela 2). De acordo com o esquema do seguro hipotético de Ronald Dworkin, a elevada desigualdade de renda no Brasil recomendaria a destinação de uma proporção maior do gasto público para o setor de saúde para atenuar essa situação de injustiça. Segundo Elhauge[220], a redistribuição de renda por meio do sistema público de saúde é

220 ELHAUGE, op. cit., p. 1488-1490.

preferível a outros mecanismos redistributivos porque gera menos efeitos colaterais negativos. Porém, no Brasil se verifica o contrário. Embora a proporção do gasto público total seja elevada quando comparada aos demais países de renda média, o governo brasileiro investe relativamente pouco em políticas públicas de saúde.

Para Hurley[221], o sistema público seria capaz de prover um acesso mais amplo e eficiente ao serviço de saúde do que o mercado de seguros privados. Primeiro, pela óbvia razão de que, em sociedades com elevada desigualdade de renda, muitas pessoas não têm recursos para adquirir planos de saúde. Além disso, de acordo com Hurley[222] (2001, p. 237), o mercado de seguros privados padece de ineficiências resultantes de menor economia de escala, custos administrativos mais altos e problemas de assimetria de informação. Isso também favoreceria a conclusão de que o aumento da eficiência dos dispêndios públicos em saúde no Brasil e o eventual aumento do montante de gastos públicos nessa área, com o consequente aumento do nível do serviço público, poderiam causar a redução do montante de gastos privados com saúde. Ocorre que, quanto mais alta a carga tributária, maior é o custo de oportunidade da tributação adicional[223]. Portanto, considerando que o Brasil já apresenta um nível bastante alto de despesas públicas, o aumento do gasto público em saúde proporcionalmente ao PIB provavelmente dependeria da realocação de recursos que atualmente são destinados a outros setores.

CONCLUSÃO

Para Ronald Dworkin, a igualdade exige que o destino das pessoas seja fruto das decisões que tomam, mas não das circunstâncias alheias ao seu controle. E o mercado é o mecanismo adequado para, nas condições ideais de igualdade, definir os custos das escolhas que as pessoas fazem. Dworkin imagina um mecanismo para equalizar as diferenças derivadas da sorte ou má-sorte bruta, embora não as elimine. O instrumento idealizado é engenhoso: o

221 HURLEY, op. cit.

222 Ibid., p. 237.

223 Em relação ao aumento da carga tributária, é importante considerar que os tributos, ao resultarem no aumento do preço final dos bens e serviços tributados, geram um “peso morto” como consequência da redução do mercado. Por isso mesmo, há um limite para o aumento da arrecadação por via de aumento de tributos dado pela chamada curva de Laffer.

seguro hipotético igualitário. Conforme esse esquema, a redistribuição de recursos em sociedades reais, objetivando amenizar as injustiças, deve tomar por base um modelo contrafactual de seguro em que se procura definir o montante que as pessoas despenderiam para se proteger dos diversos riscos a que estão submetidas. Desse modo seria definido o nível de seguro adequado e, consequentemente, o valor e a forma de pagamento do prêmio correspondente. A cobertura proporcionada por essa apólice imaginária corresponderia ao nível justo de proteção que deve ser oferecido pela sociedade em condições de igualdade. Já os prêmios indicariam o nível justo de tributação para custear o sistema de proteção social.

O esquema do seguro hipotético imaginado por Dworkin tem a vantagem da flexibilidade, pois depende das preferências do cidadão médio, bem como do nível de evolução tecnológica e de riqueza de cada comunidade. Porém, há uma ressalva a fazer. Por ser compulsório, uma vez que as pessoas precisam pagar tributos para sustentá-lo, o modelo desenvolvido por Dworkin desconsidera que algumas pessoas prefeririam conviver com o risco a pagar o prêmio do seguro. Portanto, também restringe a possibilidade de estilos de vida mais arriscados. Contudo, em sociedades desiguais, esse pode ser um preço necessário a pagar pela redução da injustiça.

No campo da saúde, os avanços tecnológicos das últimas décadas ampliaram sensivelmente a gama de tratamentos e exames disponíveis, muitos deles de custo elevadíssimo. Isso tornou mais evidente a sempre presente escassez de recursos para o atendimento das demandas sociais. Portanto, é irreal exigir que a sociedade deva arcar com qualquer tratamento que traga algum benefício à saúde de seus cidadãos, independentemente do custo. É preciso fazer escolhas. Se não considerarmos os custos de oportunidade, após certo ponto os investimentos adicionais em saúde irão reduzir o bem-estar social.

A comparação entre países de renda per capita semelhante pode ser um bom parâmetro para avaliar se o gasto público em saúde é adequado. No caso do Brasil, percebe-se que o gasto público em saúde está em um patamar intermediário quando comparado aos índices dos demais países de renda média. Porém, o gasto privado em saúde no Brasil é relativamente alto, o

que indica que o serviço público de saúde pode estar aquém do nível ótimo. Por outro lado, percebe-se que o Brasil já possui um gasto público total elevado quando comparado aos países de renda per capita semelhante e chega a ser superior ao de diversos países de renda alta. Isso significa que há pouco espaço para aumentar o gasto público em saúde por meio da tributação adicional, que também implica um custo de oportunidade.

Considerando que o gasto público em saúde proporcionalmente ao PIB no Brasil já está em um patamar mediano em relação aos demais países de renda per capita similar, o foco para a melhoria do nível do serviço de saúde deve ser dirigido para a eficiência do gasto. Certamente, isso passa pela redução de custos administrativos, combate a desvios de verbas e outros tipos de desperdícios. Mas provavelmente também será necessário priorizar atividades que resultem em maior benefício de saúde por unidade de custo. E, ainda que a sociedade brasileira decida que são necessários investimentos adicionais em saúde pública, o atual nível de despesas do governo inviabiliza ou no mínimo torna menos atrativa a opção pelo aumento de tributos para esse fim. Portanto, não podemos escapar das escolhas difíceis exigidas pela necessidade de realocação de recursos, seja no âmbito interno do próprio sistema público de saúde ou através da redução de gastos em outras áreas. Evidentemente, isso exige uma discussão pública séria a respeito dos custos e benefícios das diversas alternativas de distribuição de recursos, considerando sempre os custos de oportunidade de cada uma. Portanto, decisões judiciais que imponham à sociedade, através do Estado, o dever de custear tratamentos não disponíveis no sistema público de saúde, caso não observem os custos de oportunidade envolvidos, podem ter como consequência a redução do nível do serviço de saúde e do bem-estar geral da população. Mais do que apenas clamar por recursos extras para a saúde pública, precisamos decidir conscientemente de quais áreas retiraremos os recursos para essa finalidade. Afinal, não existe almoço grátis.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Justice in the distribution of health care*. McGill Law Journal, v. 38, nº 4, 1993, pp. 883-898.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

ELHAUGE, Einer. *Allocating health care morally*. California Law Review. V. 82, 1994, pp. 1449-1544.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Justiça distributiva para formigas e cigarras*. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2007, nº 77, p. 243-253.

HURLEY, Jeremiah. *Ethics, economics, and public financing of health care*. Journal of Medical Ehtics. V. 27, 2001, pp. 234-239

Indicadores do Banco Mundial. Disponível em: <http://data.worldbank.org/indicator>. Acesso em 16.out.2014.

The World Factbook. Disponível em: < https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2172.html >. Acesso em 16.out.2014.

World health statistics 2014. Disponível em: <http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2014/en/>. Acesso em 16.out.2014

World Economic Outlook Database. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/index.aspx>. Acesso em 16.out.2014